

Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht

Onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State

Sacha Prechal en Ton van den Brink

1. Opzet en methodologie

1.1 Achtergrond en invalshoek van het onderzoek

Europese en nationale wetgeving sluiten niet naadloos op elkaar aan. Dit is het gevolg van verschillen in functie, opzet en inhoud. Europese wetgeving is het product van de samensmelting van 27 rechtsstelsels. Zij vervangt de nationale stelsels niet, maar vult deze aan en is er nauw mee verbonden. Als gevolg daarvan heeft Europese wetgeving vaak een meer fragmentarisch en vaag karakter. Nationale wetgeving daarentegen is het product van één rechtsstelsel dat vaak een lange en beproefde geschiedenis heeft. Het vormt daardoor in de regel een meer coherent systeem met duidelijke en innerlijk consistente normen. De verschillen in functie, opzet en inhoud tussen Europese en nationale wetgeving geven de nationale autoriteiten problemen bij de uitvoering en handhaving van de Europese normen.

De centrale vraag van dit onderzoek is daarom: *“Welke methoden van omzetting van EU-wetgeving in nationale wetgeving bevorderen de kwaliteit van wetgeving en voorkomen problemen bij uitvoering en handhaving?”*

De voornaamste doelstelling van het onderzoek is het aanleveren van bouwstenen voor de ontwikkeling van een adequaat EU- implementatiestelsel voor de nationale wetgever. Relevante criteria in dit verband zijn rechtszekerheid, in het bijzonder de kenbaarheid en toegankelijkheid van de normstelling, consistentie en coherentie, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Uitgangspunt van het onderzoek is dat de nationale implementatie van EU-regelgeving een integraal onderdeel vormt van een samengesteld Europees en nationaal wetgevingsproces. Dit betekent dat een belangrijk deel van de kwaliteit van wetgeving op Europees niveau zal moeten worden gewaarborgd. Dit onderzoek heeft echter een nationale focus en richt zich daarom primair op het handelingsperspectief van de Nederlandse wetgever voor het waarborgen van de kwaliteit van regelgeving in de fase van implementatie van Europese regelgeving.¹ Dit betekent dat voor de doeleinden van dit onderzoek de verschillen in functie, vormgeving en inhoud van EU-wetgeving en nationale wetgeving als een gegeven zijn beschouwd en als zodanig gerespecteerd moeten worden. Eventuele suggesties voor aanpassing van de wetgevingsstructuur op Europees niveau blijven derhalve achterwege. Ook de werkingssfeer van het Europese

¹ Er is reeds geruime tijd aandacht voor de kwaliteit van EU-regelgeving in brede zin, als ook voor de verantwoordelijkheid die nationale actoren daarvoor hebben. Te denken valt aan de praktijk volgens welke de Raad van State jaarlijks een beperkt aantal Europese wetgevingsvoorstellen analyseert, en aan de opdracht aan onderhandelaars om aspecten van wetgevingskwaliteit in het onderhandelingsproces te bevorderen.

recht, en dan met name de eis dat EU-wetgeving nauwkeurig, volledig en tijdig in nationale wetgeving moet worden omgezet, wordt als een gegeven beschouwd.

Het voorwerp van dit onderzoek is het uiteindelijke wetgevingsresultaat. Procesmatige aspecten inzake de totstandkoming van regelgeving zijn om die reden niet in de analyse betrokken. De aansluiting tussen Europese en nationale wetgeving is dus beschouwd als *een inhoudelijk vraagstuk*. Dat is wat ons betreft mede gerechtvaardigd vanuit het feit dat procesmatige aspecten van EU-implementatie, met name de eis van tijdige implementatie, reeds de nodige aandacht hebben gekregen binnen de overheid en de wetenschappelijke literatuur. In de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn diverse maatregelen opgenomen om het proces van EU-implementatie te versnellen (over bijvoorbeeld het maken van een implementatieplan en de uiterlijke tijdstippen voor het aanhangig maken van implementatieregelgeving in de ministerraad). Daarnaast wordt de voortgang van EU-implementatie tegenwoordig bewaakt via het digitale systeem i-Timer en de daarop gebaseerde kwartaaloverzichten EU implementatie die naar het parlement worden gezonden. Het inhoudelijke vraagstuk is daarbij wat onderbelicht gebleven.

Een ander punt betreft de concrete toepassing en handhaving van Europese regelgeving in de praktijk. De goede werking van Europese regels in de nationale rechtsorde is niet alleen afhankelijk van een goede wettelijke aansluiting, maar ook van de toepassing ervan in de praktijk. In dit onderzoek is dit aspect niet afzonderlijk onderzocht en zeker niet in empirische zin. Wel is in dit onderzoek regelmatig het perspectief van de rechtspraktijk gekozen, met name die van de rechtelijke macht. Niet alleen de vraag of de nationale en Europese regels adequaat op elkaar aansluiten is dus voorwerp van onderzoek, maar ook de vraag in hoeverre het uiteindelijke wettelijke systeem werkbaar is voor de rechtspraktijk.

Ten slotte een punt dat zich vaak manifesteert in het kader van EU-implementatie: nationale koppen, ook wel met de Engelse term *gold plating* aangeduid. Dit valt strikt genomen buiten de sfeer van dit onderzoek omdat het geen implementatiemethode betreft. Er is veel te doen om dit onderwerp, omdat het onwenselijk wordt geacht om het bedrijfsleven op te zadelen met extra of verdergaande eisen dan nodig is op grond van het Europese recht. Dit is de reden waarom ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving afwijzend tegenover nationale koppen wordt gestaan. In een onderzoek van *Ecorys* uit 2006 bleek het overigens wel mee te vallen met deze nationale koppen, al leek deze conclusie vooral ook voort te vloeien uit een beperkende definitie van het begrip 'nationale kop'.² Nationale koppen betreffen een 'extra' in termen van materiële normstelling. Dat laat echter onverlet dat er een duidelijke link kan zijn met de te kiezen implementatiemethode. In dit rapport komt bijvoorbeeld herhaaldelijk het fenomeen 'doorharmonisatie' aan de orde. Daarbij gaat het echter veeleer om het doortrekken van een Europeesrechtelijke systematiek naar situaties die strikt genomen niet onder de werkingssfeer van de Europeesrechtelijke regeling vallen. Dit betekent dat de bezwaren die zien op het introduceren van nationale koppen in dergelijke situaties niet aan de orde zijn. Integendeel, doorharmonisatie kan dienen om ongewenste verschillen in rechtsregimes, die het gevolg zijn van een soms kunstmatig onderscheid tussen grensoverschrijdende en interne situaties, te voorkomen. De discussie over nationale koppen staat ook in verbinding met nationale beleidsvrijheid

² ECORYS, 'Nationale Koppen in EG-regelgeving, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken', Rotterdam, april 2006.

in EU-regelgeving. Ook dit betreft echter een wezenlijk ander element, omdat het hierbij niet gaat om een ‘extra’ in zin van materiële normstelling die op zich los staan van het te implementeren Europese rechtsinstrument. Nationale beleidsruimte moet juist vaak worden ingevuld voor een goede uitvoering van de implementatieregeling. Te denken valt aan de concretisering van doelstellingen in afdwingbare normen, de keuze tussen verschillende mogelijkheden van normstelling (bijvoorbeeld tussen bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving) en dergelijke. Zonder de uitoefening van nationale beleidsruimte kan de implementatieregeling niet goed functioneren, terwijl dat bij de introductie van nationale koppen wel zo is.

1.2 Methoden voor omzetting

Bij de vraag naar wat de meest geschikte omzettingmethode³ is om nationale wetgeving zoveel mogelijk aan te doen sluiten bij EU-wetgeving, kan onderscheid gemaakt worden tussen twee uitersten:

- Segregatie, dat wil zeggen dat de - te implementeren - EU-wetgeving wordt gescheiden van nationale wetgeving. EU-wetgeving wordt omgezet in een aparte nationale wet of, in een wat minder extreme vorm, in een apart hoofdstuk of paragraaf van de relevante nationale wet.
- Integratie, dat wil zeggen dat EU-wetgeving wordt geïntegreerd in de nationale wetgeving.

Wanneer men kiest men voor integratie in nationale wetgeving of op zijn minst voor (nauwe) aansluiting daarbij, dan zijn vervolgens opnieuw verschillende varianten denkbaar van de wijze waarop de integratie c.q. aansluiting gestalte krijgt. Ook hier zijn twee uitersten te onderkennen, waartussen zich vele verschillende varianten bevinden:

- Handhaving van de eigen wetssystematiek en terminologie: de om te zetten EU-wetgeving wordt zo veel mogelijk aan de nationale wetgeving aangepast. Bij deze vorm van integratie kan men ook spreken van ‘inweven’ of invlechten van het EU-recht in het nationale recht. Hier hoort ook de ‘vertaling’ bij van de Europese terminologie in bekende nationale termen en concepten.
- Overname van de EU-wetssystematiek en terminologie: de nationale wetgeving wordt aangepast aan de EU-wetgeving, vaak gepaard gaande met doorharmonisatie. Dit betekent dat de reikwijdte van EU-wetgeving verruimd wordt tot nationale gevallen, waarvan het wenselijk is dat zij op een gelijke wijze worden gereguleerd. Kenmerkend voor deze vorm van integratie is dat zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de terminologie van de EU-wetgeving, met als uiterste vorm het letterlijk overnemen (*cut-and-paste*).

Het eerste uiterste kan ook aangeduid worden als *maximale integratie van het EU-recht in nationaal recht*, het andere uiterste als de *minimale integratie van het EU-recht in nationaal recht*. Bij de eerste vorm wordt het EU-recht tenslotte tamelijk

³ Hoewel in het rapport de termen omzettingmethode en omzetting worden gebruikt, dient men wel te bedenken dat, strikt genomen, van omzetting alleen sprake is bij richtlijnen en kaderbesluiten. Verordeningen mogen immers niet omgezet worden. Dat neemt echter niet weg dat zij vaak nadere uitvoering behoeven.

onzichtbaar, het nationale recht is leidend. Bij de tweede vorm is juist het EU-recht leidend: voor zover nodig wordt het nationale recht juist aangepast.

Het behoeft geen uitgebreid betoog dat de praktijk vaak ergens tussen de hierboven geschetste uiterste grenzen zal liggen, sterk afhankelijk van het concrete geval. Segregatie zal *daar* voor de hand liggen waar bij de inpassing van EU-wetgeving in nationale wetgeving ofwel de betreffende EU-wetgeving ofwel de bestaande nationale wetgeving (of beide) geweld zou worden aangedaan. Door middel van segregatie kunnen moeizame integratie-exercities met kans op verwrongen resultaten voorkomen worden. Voorts heeft segregatie het voordeel dat de ‘Europese origine’ van de regels beter zichtbaar blijft. Op de voordelen hiervan komen wij hieronder terug. Segregatie heeft echter ook nadelen, waarvan de belangrijkste is het naast elkaar ontstaan van dubbele regimes over eenzelfde onderwerp. Dat kan vooral vanuit het perspectief van de rechtssubjecten onwenselijk zijn. Ook dit heeft consequenties voor de kwaliteit van wetgeving.

Maximale integratie van het EU-recht in nationaal recht, waarbij de EU-wetgeving zoveel mogelijk in de nationale wetgeving wordt ingepast, heeft naast systematische voordelen ook voordelen voor de toepassing, handhaving en rechtsbescherming, omdat de EU-regels in dat geval in een vertrouwd nationaal kader gaan functioneren. Het risico is wel dat het EU-recht als het ware ‘oplost’ in het nationale recht.⁴ Voorts zal het vaak ook moeilijk blijken om de EU-termen en -concepten voldoende precies en duidelijk in het nationale recht te ‘vertalen’.

De minimale integratie van het EU-recht in nationaal recht en derhalve ook het zo veel mogelijk overnemen van de terminologie sluit uiteraard het beste aan bij de oorspronkelijke EU-wetgeving, met als voordeel duidelijkheid (vanuit het EU-perspectief) en vooral een zekere waarborg dat de omgezette wetgeving ook beter de Europese ontwikkelingen - met name interpretatie door het Hof van Justitie - blijft volgen. Toch is een ‘*cut-and-paste*’-omzetting vaak onvoldoende. Wanneer begrippen onvoldoende gepreciseerd zijn, onjuist of nietszeggend Nederlands opleveren, niet werkbaar zijn voor de (rechts-)praktijk of slecht aansluiten bij het grotere geheel van de bestaande nationale wetgeving, zullen toch terminologische aanpassingen of nadere uitwerking noodzakelijk zijn. Onduidelijke, incomplete of zelfs verwarrende regels zullen immers repercussies hebben bij uitvoering, handhaving en rechtsbescherming.

Kortom, het is niet mogelijk om categorische uitspraken te doen over de vraag welke van de hier besproken methoden - segregatie/integratie en maximale integratie/minimale integratie – de meest geschikte is om recht te doen aan zowel het nationale als het Europese recht en tevens te waarborgen dat de uitvoering en handhaving zo probleemloos mogelijk verlopen. De keuze voor de methode die gehanteerd wordt, of beter gezegd voor welke ‘mix’ van de verschillende varianten gekozen wordt, wordt van geval tot geval bepaald. In het onderhavige onderzoek worden om die reden een aantal van deze keuzes nader geanalyseerd.

⁴ Ondanks verplichting om bij nationale omzettingsmaatregelen te vermelden dat het om omzetting van Europese wetgeving gaat, zal de Europese origine van de regel toch vaak vervagen, zeker wanneer zij geïncorporeerd wordt in een groot wettelijk systeem, zoals het BW.

1.3 Voorlopige aannamen en methode van onderzoek

De korte bespreking van de methoden voor omzetting in de vorige paragraaf gaf aan dat de keuze als zodanig sterk casuïstisch bepaald is. Algemene beleidslijnen zijn moeilijk te geven. Wel mogelijk is echter een nader onderzoek naar verschillende factoren die medebepalend kunnen zijn voor de keuze van de methode van omzetting. De identificatie en het bepalen van het gewicht van deze factoren zouden houvast kunnen bieden bij het bepalen welke omzettingmethode in de gegeven omstandigheden het meest geëigend is. Een dergelijk onderzoek zou het casuïstische karakter van de omzettingmethodekeuze kunnen mitigeren. Het zou op zijn minst kunnen resulteren in een kader waarbinnen de keuzen op een meer gestructureerde wijze gemaakt worden.

Op basis van bestaande literatuur, enig vooronderzoek en eigen ervaring van de betrokken onderzoekers werd een aantal factoren geïdentificeerd die relevant zouden kunnen zijn voor de keuze van de omzettingmethode. Ten einde de materie te ordenen, werd een onderscheid gemaakt tussen factoren op Europees niveau en factoren op nationaal niveau.

Factoren op EU-niveau:

Type EU-bevoegdheid

Het type EU-bevoegdheid - exclusief, gedeeld, aanvullend – kan consequenties hebben voor de omzettingmethode. De volgende veronderstelling kan aan deze factor worden verbonden: hoe ingrijpender de EU-bevoegdheid is, des te eerder zal worden gekozen voor een specifieke ‘EU-systematiek’ op nationaal niveau.

Op terreinen waar de EU over exclusieve bevoegdheden beschikt, is immers een omvangrijk, samenhangend materieel EU-wetgevingscomplex ontstaan. Veel EU-wetgeving op deze terreinen heeft de vorm van een verordening. Om op deze terreinen tot een goede aansluiting van Europese op nationale wetgeving te komen, is het verstandig het nationale stelsel te modelleren naar het Europese.

Op beleidsterreinen waar de EU slechts aanvullende bevoegdheden heeft, daarentegen, is de nationale rechtsorde leidend. De EU kan alleen ondersteunend, aanvullend of coördinerend optreden. Doorgaans leidt dit niet tot complexe en omvangrijke wetgeving en de gehanteerde instrumenten behoren vaak tot de categorie ‘soft law’.

Type EU-instrument

Het gebruikte type EU-instrument, in het bijzonder verordening, richtlijn, kaderbesluit, zal gevolgen hebben voor de omzettingmethode. Zoals bekend, bieden richtlijnen en kaderbesluiten in de regel meer ruimte voor differentiatie, en dus behoud van de nationale wetssystematiek en terminologie, dan verordeningen. Derhalve kan worden verondersteld dat in geval van richtlijnen en kaderbesluiten eerder aansluiting wordt gezocht bij het bestaande nationale wettelijke systeem dan bij verordeningen.

Methode van harmonisatie

Bij de methode van harmonisatie gaat het uiteraard om de vraag of er sprake is van totale harmonisatie, minimumharmonisatie, optionele harmonisatie, ‘nieuwe aanpak’ of wederzijdse erkenning (met name in de derde pijler). In sommige gevallen kan er

overigens sprake zijn van (streven naar) unificatie of - slechts - coördinatie. Dat de gekozen harmonisatiemethode gevolgen kan hebben voor de omzettingmethode, blijkt onder meer uit het feit dat ingeval van totale harmonisatie aansluiting bij bestaande nationale wetgeving minder voor de hand ligt dan bij andere vormen van harmonisatie. In geval van minimumharmonisatie, waarbij lidstaten de mogelijkheid hebben om aanvullende en scherpere regels te stellen, is het gemakkelijk voorstelbaar om aan te sluiten bij bestaande nationale regels.

Kwantiteit EU-regels

De hoeveelheid van EU-regels op een bepaald deelterrein van het recht kan een indicator zijn voor de 'Europeanisering' van het desbetreffende terrein, dat bezig is uit te groeien tot een eigen wetgevingscomplex. Het een en ander kan een aanleiding zijn om het deelterrein in het nationale recht 'separaat te regelen'.

Functie en systematiek/coherentie en consistentie van de betrokken EU-wetgeving

De verschillen in functie en systematiek van EU-regelgeving enerzijds en het nationale recht dat 'aangepast' moet worden anderzijds, zijn vaak belangrijke 'wringfactoren' wanneer men zoekt naar een goede aansluiting tussen EU- en nationale regels en kan dus een reden zijn om eerder te 'segregeren', terwijl integratie gemakkelijker zal zijn wanneer die verschillen minder groot zijn.

Op sommige terreinen kan men van redelijk samenhangende EU-wetgevingscomplexen spreken. Dit wordt onder meer bereikt door herschikkingsoperaties ('recast') of codificatie. Indien er sprake is van een omvangrijk, fijnmazig uitgewerkt en consistent wetgevingscomplex op Europees niveau, dan zou bijvoorbeeld een vorm van minimale integratie bepleit kunnen worden, waarbij het nationale recht, al dan niet in combinatie met 'doorharmonisatie', aan de Europese regels wordt aangepast. Is echter sprake van een rechtsgebied dat slechts op onderdelen een samenhangend EU-wetgevingscomplex kent (en dus gefragmenteerd is), dan lijkt segregatie een betere vorm van omzetting.

Is er, daarentegen, amper sprake van een samenhangend geheel aan EU-regels, doch zijn het eerder Europese 'bits and pieces', dan lijkt maximale integratie in nationale wetgevingssystematiek geïndiceerd.

Inhoud van EU- wetgeving

Bij de inhoud van de betrokken EU-wetgeving zijn drie punten in het bijzonder relevant:

1. In hoeverre is er sprake van materiële normstelling en hoe concreet (gedefinieerd) en duidelijk zijn de gehanteerde centrale begrippen? Het een en ander met het oog op de eventuele 'vertaling' naar het nationaal recht. Eveneens van belang is de vraag of de lidstaten wellicht de vrijheid is gelaten om beleidsinhoudelijke keuzes te maken.
2. In hoeverre schrijven de betrokken EU-regels een bepaald instrumentarium voor (bijvoorbeeld vergunningstelsels of bepaalde emissie -, kwaliteits- of producteisen) of bepaalde institutionele structuren (bijvoorbeeld toezichthouders, organen etc.)? Ten aanzien van dit punt wordt aangenomen dat hoe minder ingrijpend het voorgeschreven instrument, des te makkelijker

dit is in te passen in het nationale recht en des te minder reden er is om het nationale recht volgens het EU-recht te modelleren.

3. In hoeverre is er sprake van formele regels (i.e. procedures, handhavings- en rechtsbeschermingmechanismen)? Hoe specifiek zijn deze voorschriften en hoeveel ruimte wordt er overgelaten aan eigen nationale invulling? De toepassing en handhaving van EU-wetgeving c.q. de vereiste rechtsbescherming zijn in sterke mate nationaal georiënteerd. De nationale wetgever zal primair geneigd zijn om terug te grijpen naar de ‘algemene wetgeving’ (algemeen deel van het bestuursrecht, strafrecht en burgerlijk recht). Een dergelijke keuze zal echter vaak impliceren dat de EU-regels zoveel mogelijk in het nationale recht worden geïntegreerd en dat ze zo min mogelijk het nationale ‘systeem’ moeten verstoren.

Factoren op nationaal niveau:

Nationale terminologie en nationale systematiek

Het nationale begrippenkader en de nationale systematiek moeten met die van de Europese wetgeving vergeleken worden. Hoe dichter ze elkaar naderen, des te makkelijker zal de integratie van de Europese regels in de nationale wetgeving zijn. Ook kan een rol spelen de mate waarin nationale begrippen zijn ‘ingeburgerd’, met name door de ‘gebruikers’ (rechters, bestuursorganen e.d.) en de waardering daarvan. Wanneer nationale begrippen al als problematisch worden ervaren, dan is er minder aanleiding om ze te handhaven bij EU-implementatie.

Klassiek of modern (functioneel) rechtsgebied

Een andere aanname is dat het voor de keuze van de methode uitmaakt of men de EU-regels qua onderwerp zou moeten omzetten in/op een traditioneel rechtsgebied, met een verontwikkelde eigen terminologie en systematiek (bijvoorbeeld het BW of Wetboek van Strafrecht) of dat de omzetting eerder betrekking zal hebben op een modern – relatief jong – en functioneel rechtsgebied, waarin de bakens ‘nog niet zo vastliggen’ (bijvoorbeeld milieurecht).

Wat wordt door de omzetting geraakt: algemene wetten of bijzondere wetgeving?

Dit punt ligt in zeker zin in het verlengde van het vorig punt. De aanname is dat de nationale wetgever zijn ‘algemene wetten’ (Awb, BW, Wetboek van Strafrecht, Rechtsvordering etc.) zoveel mogelijk ongeschonden wil laten en alleen voor maximale integratie zal kiezen als het kan en in andere gevallen voor segregatie al opteren. Ook bij bijzondere wetgeving kan deze indicator twee kanten op werken. Er kan enerzijds eerder tot segregatie besloten worden als het bestaande systeem toch al bestaat uit een complex van afzonderlijke regelingen, terwijl het soms juist makkelijker is om EU-wetgeving in bestaande, sectorspecifieke regelgeving te integreren.

Mate van Europeanisering van het nationale rechtsgebied

Ook de mate van Europeanisering kan verschillende kanten opwerken. Een hoge mate van Europeanisering kan enerzijds reden zijn om EU-regelgeving binnen een afzonderlijk kader te implementeren, bijvoorbeeld wanneer dat toekomstige implementatie van EU-recht vergemakkelijkt. Er kan echter ook voor een geïntegreerd

systeem van wetgeving worden gekozen dat erop toegesneden is om het nationale recht aan het Europese aan te passen en eventueel te kunnen doorharmoniseren. In ieder geval kan een grote mate van Europeanisering met zich mee brengen dat er reeds een systematiek bestaat waarin de (nieuwe) Europese wetgeving makkelijker te integreren valt.

Nationale politieke gevoeligheden

Hoewel dit geen ‘wetgevingstechnische’ of juridische factor betreft, kan verwacht worden dat deze factor wel van invloed is op de gekozen implementatiemethode. Het kan gaan om onderwerpen die om uiteenlopende redenen politiek gevoelig liggen, bijvoorbeeld vanwege scherpe politieke tegenstellingen of omdat het betreffende onderwerp in het hart van de nationale soevereiniteit ligt. Dit kan bijvoorbeeld leiden tot een voorkeur voor niet-strafrechtelijke handhaving. De aanname ligt voor de hand dat in geval van nationale gevoeligheden er meer aanleiding is om het Europese recht zoveel mogelijk te ‘isoleren’ van nationale regels of anderszins pogingen te ondernemen om de nationale regels zoveel mogelijk onaangetast te laten.

Elk onderscheid heeft iets kunstmatigs, en dat geldt ook voor het onderscheid in factoren dat hier is aangebracht. Veel van de factoren die hierboven genoemd zijn, zullen in de praktijk in meer of mindere mate met elkaar samenhangen. Wanneer een terrein al lang tot de bevoegdheden van de Europese Unie behoort, de Europese wetgever zich niet tot minimumharmonisatie hoeft te beperken en er weinig tot geen nationale gevoeligheden op het terrein zichtbaar zijn, dan is de kans groter dat er op Europees niveau een grotere hoeveelheid regels zullen zijn opgesteld die vaker een systematisch geheel vormen dan wanneer dit niet het geval is. Het is dus lastig om deze factoren in termen van causaliteit te koppelen aan omzettingmethoden, maar duiding in de zin van correlatie is daarentegen wel mogelijk.

De hierboven opgesomde factoren vormen voorts evenzoveel hypothesen, die in dit onderzoek zoveel mogelijk zijn getoetst in een aantal concrete deelstudies die betrekking hebben op een negental rechtsterreinen. Zij betreffen het visserijrecht, consumentenrecht, strafrecht, arbeidstijdenrecht, financieeltoezichtsrecht; douanerecht, gelijkebehandelingsrecht, milieurecht en het vreemdelingenrecht. Er is gezocht naar een zo goed mogelijke spreiding van de rechtsgebieden. Zo is er bij de keuze van rechtsterreinen – naast spreiding over de activiteiten van de Europese Unie in brede zin - gelet op de verdeling tussen sterk geëuropeaniseerde en inmiddels ‘klassiek’ geworden EU-terreinen enerzijds (visserijrecht en douanerecht), en nieuwe terreinen van EU-activiteit waar bovendien het nationale recht een dominante positie heeft (strafrecht en vreemdelingenrecht) anderzijds.

Deze deelterreinen zijn geanalyseerd aan de hand van een questionnaire (bijgevoegd) die ingaat op inhoud, systematiek en reikwijdte van Europese en nationale regelgeving en de wijze waarop die op elkaar aansluiten. De vragen corresponderen voor het overgrote deel met de hierboven geïdentificeerde factoren die bepalend (zouden kunnen) zijn bij de keuze van de omzettingmethode.

Hoofdstuk 2 van het rapport is gebaseerd op de gegevens en de inzichten die in de deelstudies zijn opgedaan, aangevuld met enkele andere voorbeelden die daarbuiten liggen. Ten grondslag van dit rapport ligt dus een kwalitatieve analyse en niet een volledige ‘meting’ van kwantitatieve gegevens over de volle breedte van het Europese

recht. Het rapport moet dus, mede in het licht van het tot nu toe ontbreken van sectoroverstijgend onderzoek vanuit deze invalshoek, vooral gezien worden als een eerste verkenning van het terrein.

De deelstudies waaruit de auteurs van dit rapport hebben geput, zijn de volgende:

S.A. de Vries – Consumentenrecht

R.G.J.M. Widdershoven – Visserijrecht

A. van den Brink – Strafrecht

A. Woltjer – Vreemdelingenrecht

M. van den Broek – Gelijke behandeling en arbeidstijden

M. Beijer – Financieel toezicht en douanerecht

De bevindingen uit het milieurecht zijn gebaseerd op de studie van E.M. Vogelesang-Stoute, M.N. Boeve, N.M. van der Grijp, F.A.G. Groothuijse, N.S.J. Koeman, L. van Middelkoop, M.G.W.M. Peeters en R. Uylenburg, *De Wet Milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving. Een verkennende studie naar mogelijkheden en knelpunten voor een correcte implementatie*, STEM publicatie 2009/2.

2. De bevindingen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek gepresenteerd. Vanwege het verkennende karakter van deze studie en de samenhang tussen de factoren worden ze geclusterd besproken.

De hoofdthema's van de hierna volgende paragrafen zijn de systematiek van de EU-wetgeving en systematiek van de nationale regelgeving, terminologie en concepten die in het Europese en het nationale recht gehanteerd worden en hun onderlinge afstemming en de beleidsruimte die de Europese wetgeving laat. Vanwege de samenhang komen andere, minder belangrijke factoren als onderdeel van deze hoofdcategorieën ter sprake. Aan de hand van de bevindingen van de diverse beleidsterreinen worden ook de factoren zelf nader aangescherpt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met algemene conclusies. Daarin wordt een aantal bouwstenen aangereikt voor de ontwikkeling van een kader waarbinnen keuzes voor de meest adequate omzettingmethode kunnen worden gemaakt.

2.2 Systematiek van de EU-wetgeving en systematiek van de nationale regelgeving

Algemeen

Een belangrijke factor voor de wijze van omzetting betreft de systematiek van wetgeving. Daarbij kan de regelingssystematiek als een factor van graduele aard worden aangemerkt: de systematiek van een regeling kan 'sterker' of 'zwakker' zijn. Van een sterke systematiek is sprake in geval van een integrale en volledige regeling van een onderwerp. Wanneer de systematiek van een regeling 'sterk' is, voorzien de materiële normen in een zelfstandige en complete regeling van een onderwerp en is tevens voorzien in normstelling op het gebied van handhaving en rechtsbescherming. Een eigen terminologie en het gebruik van eigen, specifieke concepten is ook een aanwijzing voor een 'sterke' systematiek. Verder is de samenhang van de regeling belangrijk. Een regeling met een 'sterke' systematiek bestaat uit bepalingen die tezamen een samenhangend geheel vormen. Ook het onderliggende idee van de regeling en de doelstellingen ervan zijn relevant. Eén leidend idee dat ten grondslag ligt aan een regeling, versterkt de systematiek van de regeling evenzeer. Een voorbeeld is het *Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel* waaraan het beginsel van wederzijdse erkenning en vertrouwen in de rechtshandhavende autoriteiten van de lidstaten ten grondslag ligt. Een regeling met een 'sterke' systematiek voorziet al met al in een volledige 'infrastructuur' voor het desbetreffende onderwerp.

Van een zwakke systematiek is sprake wanneer slechts enkele specifieke elementen van een onderwerp zijn geregeld of de regeling zich beperkt tot deelterreinen van het onderwerp. De 'zwakte' van de systematiek kan ook blijken wanneer de regeling wat de centrale begrippen en terminologie betreft, leunt op of verwijst naar andere regelingen. De regeling voorziet in een dergelijk geval niet zelfstandig in een eigen wetssystematiek (er is sprake van weinig coherentie) en is de afgeleide van een systematiek die elders is ontwikkeld. Een gebrek aan een samenhangende structuur is ook een aanwijzing voor een zwakke systematiek. De regeling bestaat dan in wezen immers uit een aantal losse bepalingen.

In de aansluiting van Europese regelgeving op het nationale recht bestaan er verschillende mogelijkheden ten aanzien van de wetssystematiek. Zowel de te implementeren EU-regelgeving als de nationale regelgeving waarbinnen het EU-recht een plaats moet krijgen, kan gekenmerkt worden door een sterke of juist een zwakke wetssystematiek. In de deelstudies die aan dit rapport ten grondslag liggen, zijn hiervan uiteenlopende voorbeelden te vinden.

Voorbeelden van een sterke systematiek op nationaal niveau zijn te vinden op het terrein van het strafrecht en het vreemdelingenrecht, terwijl het douanerecht en het landbouwnet voorbeelden zijn van terreinen waarop een sterke wetssystematiek bestaat op Europees niveau. Ook het milieurecht kent een sterke systematiek op nationaal niveau. De Wet Milieubeheer (Wm) vormt sinds 1993 de kaderwet voor het Nederlandse milieubeleid. Vergeleken met de andere terreinen is er op het gebied van het milieurecht dus pas relatief laat een algemeen kader ontstaan: voor 1993 was milieuwetgeving nog sectoraal opgezet. Opvallend kenmerk van de systematiek van de Wm is dat deze vrij open en niet uitputtend is. Dat komt door het 'aanbouw karakter' van de Wet en het feit dat verschillende van de voorziene hoofdstukken ervan nog niet zijn ingevuld. Dat brede karakter biedt voordelen: het maakt de Wm bij uitstek geschikt om Europese regelgeving 'op te nemen'. Bovendien, zo bleek uit het onderzoek van STEM, dwingt deze structuur het ministerie om de wetgeving in samenhang te blijven bezien en daarmee is tevens de inzichtelijkheid gediend.

Ook op Europees niveau kan sprake zijn van een sterke of juist een zwakkere systematiek. Het Europese strafrecht is een voorbeeld van een terrein waarin (vooral nog) geen sprake is van een sterke wetgevingssystematiek. Er worden slechts deelonderwerpen geregeld, waarbij bovendien vaak sterk geleund wordt op de nationale wetgevingssystematiek. Dat hoeft echter niet zo te blijven, zoals het voorbeeld van het EU-milieurecht laat zien. Daar is een duidelijke ontwikkeling gaande in de richting van een sterker wordende systematiek. Die ontwikkeling komt tot uitdrukking in wetgeving met een grotere reikwijdte (kaderwetgeving) en in een toenemend gebruik van verordeningen waar voorheen richtlijnen werden gebruikt. Dit heeft tot gevolg dat de nationale wetgever rekening moet houden met ontwikkelingen in de Europese wetgevingssystematiek.

Welke invloed heeft de 'sterkte' van de wetssystematiek op de relatie tussen EU-recht en nationaal recht? Wat zijn de gevolgen als de systematiek op Europees niveau niet aansluit bij de wetssystematiek op nationaal niveau? Een belangrijke hypothese van dit onderzoek is dat implementatieproblemen ontstaan wanneer het Europese en het nationale wetstelsel onvoldoende op elkaar aansluiten.

Juist op het punt van de systematiek van wetgeving hebben de lidstaten een grote vrijheid bij de implementatie van EU-regelgeving. Het instrument van de richtlijn kan zelfs worden gezien als een instrument dat bewust rekening wil houden met de behoefte om Europees recht naar eigen inzicht in te passen in de rechtsorde van de lidstaten. Het zal slechts zelden voorkomen dat EU-regelgeving moet worden geïmplementeerd op een terrein waarop nog geen nationale regelgeving bestaat. De mate van 'regeldichtheid' is immers zodanig dat onontgonnen terreinen bijzonder zeldzaam zijn.

De nationale wetgever die EU-recht moet implementeren op een terrein waarop reeds regelgeving bestaat, heeft in beginsel de eerder uiteengezette keuze tussen integratie of segregatie. Ook hier is echter sprake van verschillende tussenopties. Denkbaar is immers dat voor een deel van de implementatieregeling gekozen wordt voor aansluiting bij de bestaande wetgevingssystematiek, terwijl voor een ander deel een zelfstandig wetgevingssysteem in het leven wordt geroepen. Ook tussenvormen blijken mogelijk, zoals in het geval van de implementatie van het Kaderbesluit Status van het Slachtoffer, dat weliswaar binnen het Wetboek van Strafvordering is geïmplementeerd, maar wel binnen een afzonderlijke titel.

De wetgever kan ook kiezen voor integratie van de wettelijke systemen, maar dan op een wijze waarbij de Europese systematiek leidend is. Dit wil zeggen dat het nationale recht het Europees stramien volgt, en niet andersom. De meest uitgesproken vorm hiervan vind men in gevallen waarin ‘doorgeharmoniseerd’ wordt: het nationale recht wordt aangepast aan Europese bepalingen, hoewel daartoe geen Europeesrechtelijke verplichting bestaat. Degelijke aanpassingen vinden weliswaar niet te vaak plaats, maar zij bestaan wel. Aanleiding daartoe kan zijn dat op grond van het Europese recht zekere nieuwe elementen in het nationale recht worden geïmplementeerd, zoals toezicht door middel van de Consumenten autoriteit of de Lex Silencio Positivo vanwege de implementatie van de Dienstenrichtlijn. Ook op het gebied van het douanerecht heeft de wetgever voor bepaalde gevallen die nationaal kunnen worden geregeld, gekozen voor Europese systematiek, een en ander met het oog op de duidelijkheid en transparantie van de nationale wetgeving.

De Raad van State heeft ook voorgesteld om over te gaan tot ‘doorharmoniseren’ op het gebied van het behoud van rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen. Bij de implementatie van een bepaling uit Richtlijn 98/50 zag het wetsvoorstel alleen op de situatie van werknemers in een onderneming waar een medezeggenschapsorgaan is ingesteld. Dit is in overeenstemming met de richtlijn. Het betekende echter wel dat werknemers in ondernemingen met medezeggenschap grotere mogelijkheden hebben om de besluitvorming te beïnvloeden dan werknemers in ondernemingen zonder medezeggenschap. De Raad stelde dan ook voor om voor deze laatste categorie dezelfde bepaling uit de richtlijn te laten gelden.⁵

Als het gaat om de implementatie van EU-recht laten de Aanwijzingen voor de Regelgeving ruimte voor afwijking van de bestaande wetgevingssystematiek. Bij EU-implementatie kan er volgens de Aanwijzingen bijvoorbeeld ruimhartiger gedelegeerd worden naar lagere niveaus van regelgeving (Aanwijzing 339). Dit betekent dat implementatieregelgeving op een lager niveau van regeling kan worden vastgesteld dan gebruikelijk is op het desbetreffende terrein. Deze aanwijzing biedt dus aanleiding voor een andere systematiek als het gaat om implementatieregelgeving. Er is echter, wat het niveau van implementatieregelgeving betreft, niet altijd sprake van een vrije keuze voor de nationale wetgever. Deze is immers gebonden aan nationale kaders voor de vaststelling van regelgeving. In het strafrecht is het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld belangrijk. Dat betekent dat de implementatieregelgeving op dat terrein veelal in de vorm van formele wetgeving zal moeten worden aangenomen.

⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 469, B.

Een andere aanwijzing biedt juist aanleiding om Europese regelgeving zoveel mogelijk in te passen in het bestaande nationale stelsel van regelgeving. Aanwijzing 338 bepaalt namelijk dat bij EU-implementatie zoveel mogelijk aangesloten dient te worden bij instrumenten waarin de bestaande wetgeving reeds voorziet. In de toelichting bij deze aanwijzing wordt deze gemotiveerd vanuit het belang om tijdig te kunnen implementeren.

In het hierna volgende worden de keuzes van de wetgever op de onderzochte terreinen geanalyseerd.

Europese regelgeving en de bestaande wetgevingssystematiek

De Nederlandse wetgever kiest regelmatig voor integratie van EU-regelgeving in de nationale wetgevingssystematiek. Een voorbeeld is het *Kaderbesluit Status van het Slachtoffer*. Er deed zich op dit punt echter wel een knelpunt voor. Het betrof vooral de aard van de maatregelen. Juist omdat op dit punt geen enkel probleem was voorzien, deed zich uiteindelijk het gebrek aan voldoende aansluiting duidelijk voelen. Het kaderbesluit was immers een consolidatie van de opvattingen die inmiddels gemeengoed waren geworden over de bescherming van het slachtoffer in het strafproces. De Nederlandse regering was dan ook van opvatting dat de bestaande praktijk reeds aan de eisen voldeed. Later bleek wettelijke verankering van die praktijken echter toch noodzakelijk, nadat de Commissie te kennen had gegeven dat naar haar mening de Nederlandse wetgeving niet voldoende aan de verplichtingen van het kaderbesluit voldeed. De OM-aanwijzing slachtofferzorg en instructies voor de werkwijze van de politie en het OM leverden geen adequate omzetting op. In dit geval zag het knelpunt in de aansluiting van de systemen dus niet op de materiële normstelling, de structuur van de regeling of de onderliggende beginselen, maar in het feit dat er bindende regels waren vastgesteld. Ook de modaliteiten van uitvoering kunnen dus een dergelijk knelpunt in de systematiek veroorzaken.

Van knelpunten in de systematiek is bij de implementatie van de *kaderbesluiten ter bestrijding van terrorisme* veel minder sprake geweest. Dit valt vooral te verklaren uit de combinatie van een zwakke systematiek op Europees niveau en een sterke systematiek op nationaal niveau. De keuze voor integratie van de kaderbesluiten in met name het Wetboek van Strafrecht was daarmee ook een logische. Binnen de structuur van het Wetboek van Strafrecht zijn nu op diverse plekken terroristische delicten te vinden die een uitvoering vormen van de Europese kaderbesluiten.⁶

Bij vragen van wetssystematiek moet onderscheid gemaakt worden tussen wat zou kunnen worden genoemd aanpassingswetten en doelwetten. Een aanpassingswet is formeel gezien wel een op zichzelf staande wet, maar bevat slechts bepalingen die een reeds bestaande wet op onderdelen aanpast. Een doelwet is een wet waarin deze aanpassingen – via consolidatie – gestalte krijgen. De combinatie van aanpassingswetten en doelwetten maakt het mogelijk om met een voldoende mate van

⁶ Bijvoorbeeld in de Titel over misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (artikel 282b en 282c) in de Titel over misdrijven tegen het leven gericht (artikel 288a); in de Titel over Misdrijven tegen de koninklijke waardigheid (artikel 114a); in de titel over Misdrijven tegen hoofden van bevriende Staten en andere internationaal beschermde personen (artikel 120a) en in de titel over Misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten (artikel 130a).

flexibiliteit noodzakelijke wetwijzigingen door te voeren, zonder dat daardoor een gefragmenteerd wetgevingslandschap ontstaat. Bij de implementatie van het tweede kaderbesluit inzake terrorismebestrijding lag in dit verband de zogeheten verzamelwetconstructie onder vuur. De verzamelwet in kwestie vertoont nauwelijks interne samenhang, behalve dat alle bepalingen voorzien in aanpassing van het Wetboek van Strafrecht. Voor het eindresultaat maakt dit echter weinig uit: in de uiteindelijke, geconsolideerde versie van het Wetboek van Strafrecht valt alles letterlijk op zijn plaats. Toch is er een probleem op het gebied van de systematiek, maar dat betreft vooral de aansluiting tussen delen van het nationale recht. Het is de impliciete erkenning dat EU-implementatieregelgeving op een andere manier tot stand dient te komen dan autonome regelgeving. Doordat de verzamelwet deels EU-implementatiebepalingen bevat, staat het wetgevingsproces onder tijdsdruk. Daardoor worden de mogelijkheden kleiner voor inhoudelijke discussie over het deel van de verzamelwet dat niet ziet op de implementatie van EU-recht. Het is dus onwenselijk om autonoom beleid dat niet in duidelijk verband staat met de implementatie van EU-regelgeving, toch samen te nemen in een enkele aanpassingswet.

In het *milieurecht* is er sprake van een bestaand algemeen wettelijk systeem, terwijl de Europese regelgeving op dit terrein juist sectoraal van aard is. Wel ontstaat er op Europees terrein de neiging om in ieder geval binnen sectoren tot een integrale regeling te komen om in versnippering binnen die sectoren te voorkomen (bijvoorbeeld bij water). De eerder genoemde algemene, maar tegelijk open systematiek maakt het relatief eenvoudig om Europese regelgeving te integreren in de bestaande structuur van de Wm. De Wm is geschikt gebleken om een plaats te bieden aan zowel voorziene als niet voorziene onderwerpen. Uiteenlopende onderwerpen zoals de implementatie van de REACH-verordening als de richtlijn milieuschade hebben zo een plek kunnen krijgen in de Wm. De integratie van EU-recht in de bestaande systematiek levert echter ook problemen op. De Nederlandse wetgever verdeelt milieukwaliteitseisen onder in grenswaarden (waarvan niet mag worden afgeweken) en richtwaarden (waar gemotiveerd van mag worden afgeweken). Dit levert soms implementatieproblemen op, omdat niet altijd duidelijk is in welke categorie Europese milieukwaliteitseisen passen.

Ook op het terrein van het *consumentenrecht* heeft de wetgever er uitdrukkelijk voor gekozen om Europese regelgeving zoveel mogelijk te integreren in de bestaande regelgeving. Ook op dit terrein is sprake van een sterk nationaal wettelijk systeem, namelijk het Burgerlijk Wetboek. Diverse Europese regelingen op het terrein van het consumentenrecht zijn binnen het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd, zij het soms in aparte afdelingen of als een '*species*'.⁷ Zo is de Richtlijn verkoop op afstand, bijvoorbeeld, in het Burgerlijk Wetboek omgezet, deels door vervanging van artikel 7:7, lid 2 BW met een nieuw artikel en deels door toevoeging van een nieuwe afdeling 9A overeenkomsten betreffende de verkoop op afstand in Titel 1 van Boek 7. Voor een deel biedt het Burgerlijk wetboek mogelijkheden tot een dergelijke omzetting, omdat het BW open normen bevat waarbinnen EU- implementatie een plek kan krijgen. In verband met deze wijze van implementatie is echter het gevaar gesignaleerd dat de combinatie van open normen van het BW en specifieke voorschriften van de te implementeren richtlijnen tot een grote last voor de rechter

⁷ Bij de omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is gekozen voor de invoering van een *species* van de onrechtmatige daad, waarbij een nieuwe afdeling 6.3.3a BW is ingevoegd in het Burgerlijk wetboek.

kan leiden, die daardoor immers een zware verantwoordelijkheid krijgt voor het goed op elkaar laten aansluiten van het Europese en het nationale recht.⁸ Het begrip oneerlijke handelspraktijk is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen als een *species* van het begrip ‘onrechtmatige daad’, maar het blijft de vraag of een oneerlijke handelspraktijk, zoals in de Richtlijn overigens ook zeer ruim gedefinieerd wordt, nu altijd hetzelfde is als wat volgens Nederlands recht normaalgesproken als onrechtmatige daad moet worden gezien. De wijze waarop een consument reageert op een bepaalde praktijk, zal afhankelijk zijn van het type product en kan bovendien per lidstaat verschillen.⁹

Er zijn ook andere duidelijke knelpunten aan te wijzen. De Europese wetgever heeft tot nu toe vooral richtlijnen vastgesteld met een beperkte tot zeer beperkte reikwijdte, wat op gespannen voet kan komen te staan met het algemene karakter van het Burgerlijk Wetboek. Het gevaar is dus dat het Burgerlijk Wetboek intern een te veel versnipperd karakter krijgt wanneer de sectorale richtlijnen in de structuur van de het BW worden geïntegreerd.¹⁰

De vraag die rijst, is in hoeverre de recente pogingen om het Europese consumentenrecht beter te systematiseren en derhalve de onderlinge samenhang te verbeteren, onder andere door een aantal sectorale richtlijnen te vervangen door een enkele horizontale richtlijn (Richtlijn consumentenrechten), gevolgen zullen of zouden moeten hebben voor de omzetting(-smethode).¹¹ De bedoeling van deze EU-operatie is om zoveel mogelijk consumententransacties onder één regeling te brengen, te vereenvoudigen en te stroomlijnen om zo een einde te maken aan de versnippering van het consumentenacquis.¹² Men verwacht dat de voorgestelde richtlijn voor verschillende terreinen van het Burgerlijk Wetboek grote gevolgen zal hebben. In de literatuur staan in deze discussie twee visies tegenover elkaar. Een visie is dat de Europese consumentenrichtlijnen in aparte regelgeving naast het Burgerlijk Wetboek moeten worden omgezet; een andere is dat de wetgever kiest voor omzetting binnen het huidige BW en dan de tegenstrijdigheden zoveel mogelijk moet opheffen.¹³

Wissink noemt in zijn artikel over het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten een aantal argumenten voor en tegen de beide visies.¹⁴ Zo is een voordeel van aparte regelgeving dat eventuele tegenstrijdigheden tussen bepalingen en terminologie van Europese richtlijnen enerzijds en het Burgerlijk Wetboek anderzijds meteen aan het licht komen. Bovendien is meteen duidelijk dat de betreffende regels een Europeesrechtelijke oorsprong hebben. De voordelen van een meer geïntegreerde

⁸ Zie ook de afstudeerscriptie van Irene Aronstein, ‘Open normen en het Europees privaatrecht’, uitgegeven in de Utrechtse reeks ‘Scriptie uit de la’, 2011.

⁹ Artikel 5, lid 2 van Richtlijn 2005/29/EG geeft een richtsnoer voor wat als een oneerlijke handelspraktijk moet worden beschouwd, namelijk een praktijk die in strijd is met de professionele toewijding en die wezenlijk het economisch gedrag van de consument verstoort met betrekking tot het product. Zie ook L. Kroon en C.S. Mastenbroek, De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk, IER, afl. 5, 2008, p. 257.

¹⁰ Zie W. van Gerven, Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelaagd privaatrecht, SEW, 2008, p. 414-424.

¹¹ M.H. Wissink, ‘Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW: Knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) richtlijn consumentenrechten’, Vermogensrechtelijke Analyses, 2009 (6) 1, pp. 48-70, op p. 49.

¹² Zie het Voorstel, COM(2008) 614 def., p. 2.

¹³ Zie hierover M.H. Wissink, *op cit.*, p. 69.

¹⁴ M.H. Wissink, *op. cit.*, p. 69.

aanpak zijn in de eerste plaats dat men gedwongen wordt zich af te vragen hoe het nationale recht zich verhoudt tot het Europese recht. Bovendien maken de nationale en Europese rechtsorde deel uit van een geïntegreerde rechtsorde, wat aparte regelgeving waarin Europese consumentenrichtlijnen worden omgezet, minder voor de hand liggend maakt. Het Europese recht heeft, aangezien het geen eigen privaatrechtelijk systeem kent, immers juist het nationale recht nodig om tot wasdom te komen.

De implementatie van Europese *visserijwetgeving* sluit eveneens zoveel mogelijk aan bij het bestaande nationale wettelijke systeem. De Visserijwet vormt het algemene kader, maar deze wet voorziet wel in verschillende delegatiegrondslagen die het mogelijk maken om regelgeving op lagere niveaus vast te stellen. Zo zijn veel van de materiële normen uit het Europese visserijrecht geïmplementeerd op het niveau van de algemene maatregel van bestuur en de ministeriële regeling. De delegatiegrondslagen uit de Visserijwet zijn algemeen van aard en kunnen dus ook goed voor EU-implementatie worden gebruikt. Ze zijn vrij ruim, waardoor er geen noodzaak is geweest om te voorzien in specifieke delegatiegrondslagen voor EU-implementatie. In dit opzicht wordt op het terrein van visserijrecht de nationale wetssystematiek dus volledig gevolgd. Zo is een heel omvangrijk en dynamisch (regelgeving op dit terrein wordt regelmatig aangepast, ook als gevolg van EU-recht) wetgevingscomplex ontstaan, waarvan EU-implementatieregels een integraal onderdeel vormen. Ook op Europees niveau is sprake van een complex systeem, dat overigens niet goed gestructureerd is. Toch is er geen sprake van grootschalige implementatieproblemen.

Op het terrein van de *arbeidstijdenwetgeving* zijn evenmin implementatieproblemen komen vast te staan met betrekking tot de aansluiting tussen de Europese en nationale wetgevingsystematiek. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen algemene en sectorale arbeidstijdenwetgeving en dit onderscheid is zowel in Europese als in nationale wetgeving aangebracht. In Europese regelgeving is naast een drietal algemene richtlijnen¹⁵ een aantal richtlijnen en verordeningen van kracht voor sommige specifieke onderwerpen (bijvoorbeeld wegvervoer en luchtvaart). Die systematiek komt terug in nationale wetgeving die gelaagd van structuur is. In de bestaande systematiek is sprake van een volledige integratie van EU-regelgeving: op geen enkel punt wordt regelgeving van Europese oorsprong onderscheiden van puur nationale regelgeving. De algemene bepalingen zijn vooral in de Arbeidstijdenwet opgenomen, terwijl er sectorspecifieke bepalingen en uitzonderingen in verschillende arbeidsbesluiten (algemene maatregelen van bestuur) te vinden zijn. De Arbeidstijdenwet voorziet in de mogelijkheid om op dit lagere niveau af te wijken van de wet. Het Arbeidstijdenbesluit is intern nog weer verder onderverdeeld in regels voor specifieke sectoren van vervoer (weg, spoor, luchtvaart etc.). Zo wordt nauw aangesloten bij de Europese wetssystematiek. De aansluiting tussen beide systemen hoeft om die reden niet aangemerkt te worden als een knelpunt bij de implementatie.

Op het gebied van *financieel toezicht* is het verschil tussen een sectorale en een algemene aanpak evenzeer relevant. Dit onderscheid is op dit terrein echter ook bepalend voor het onderscheid tussen het nationale en het Europese niveau van regelgeving en het heeft voor aansluitingsproblemen gezorgd. Op het Europese niveau is namelijk gekozen voor een sectorale aanpak (hoewel er – zeer recent ook – steeds

¹⁵ Herschikking twee algemene richtlijnen - 93/104/EG en 2000/34/EG - door richtlijn 2003/88/EG.

meer aandacht voor een integrale aanpak is gekomen), resulterend in verschillende wettelijke instrumenten voor verschillende ondernemingen, terwijl de Nederlandse wetgever met de Wet financieel toezicht juist een integrale benadering heeft gekozen. In geval van 'ruis' tussen de sectorale EU-richtlijnen moest de wetgever die proberen op te lossen. Voorbeelden zijn hier de definities van de begrippen 'moederonderneming' en 'dochteronderneming', die in Richtlijnen 2000/12/EG en 98/78/EG anders zijn gedefinieerd dan in het Burgerlijk Wetboek waarin de definities uit eerdere richtlijnen was gehanteerd. Daarbij is primair gelet op de doelstellingen van de desbetreffende richtlijnen en in tweede instantie op de bestaande nationale wettelijke systematiek. Deze verschillen in systematiek klemmen des te meer omdat sprake is van een zeer dynamisch rechtsterrein, waardoor rekening moet worden gehouden met regelmatige aanpassingen van de regelgeving op beide niveaus. Problemen wat de aansluiting van systemen betreft, kunnen dus steeds opnieuw aan de orde zijn.

Op het gebied van *gelijke behandeling* biedt de omzetting van Richtlijn 2000/78 een voorbeeld van gefragmenteerde implementatie, die op gespannen voet staat met de nationale wettelijke systematiek en, indirect, ook met de Europese. In Nederland dient de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in principe als kader voor de implementatie van de Europese gelijkebehandelingswetgeving en alle nieuwe richtlijnen op dat terrein zouden daarin geïntegreerd moeten worden. Toch is bij de omzetting van de Richtlijn 2000/78 gekozen voor drie afzonderlijke wetgevingstrajecten: één betreffende de discriminatiegrond leeftijd, één betreffende handicap/chronische ziekte en de aanpassing van AWB als zodanig met betrekking tot de andere discriminatiegronden. Hoewel volgens de Raad van State de opname van beide discriminatiegronden in de AWGB een eenduidige en duidelijke implementatie het beste zou waarborgen, heeft de regering aan de gescheiden wetgevingstrajecten vastgehouden, met de verschillende, niet altijd even overtuigende, argumenten van inhoudelijke aard (het specifieke karakter van de grond leeftijd en handicap/chronische ziekte), planmatige aard (voorstellen voor antidiscriminatie wetgeving op grond van leeftijd respectievelijk handicap en chronische ziekte waren al in voorbereiding voordat de richtlijn tot stand kwam, integratie in de AWGB zou een vertraging betekenen) en politieke aard (afspraken over totstandkoming van deze wetgeving in het regeerakkoord).

Een dergelijke wijze van implementatie staat, in de eerste plaats, haaks op het beweerdelijk streven naar een uniforme uitwerking van de diverse discriminatieverboden en op termijn het tot stand brengen van een integrale regeling (waarin ook de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen zou worden opgenomen). De Raad van State heeft sinds 2001 met regelmaat gepleit voor een geïntegreerde aanpak. In de tweede plaats kunnen hierbij kanttekeningen gezet worden vanuit het perspectief van de Europese gelijkebehandelingswetgeving. De afgelopen tien jaar werden gekenmerkt door wetgevende initiatieven teneinde het beschermingsniveau ten aanzien van de verschillende discriminatiegronden zoveel mogelijk gelijk te trekken, waarbij ook de definities, de formele regels en voor zover mogelijk ook de structuur van de wetgeving op elkaar worden afgestemd. Dus ook hier is er sprake van een streven naar een zoveel mogelijk samenhangende aanpak van de betrokken wetgeving.

Het duidelijkste knelpunt wat de aansluiting tussen het Europese en het nationale rechtssysteem betreft, is gevonden op het terrein van het *vreemdelingenrecht*. Het grote verschil tussen het nationale en het Europese systeem is de categorisering van de vreemdeling. Het Nederlandse systeem, dat is gebaseerd op de Vreemdelingenwet 2000 (en uitvoeringsregelgeving daarvan, zoals het Vreemdelingenbesluit 2000, het Voorschrift vreemdelingen 2000 en de Vreemdelingencirculaire 2000), maakt geen onderscheid naar de categorieën aanvragers, maar slechts naar de duur van het verblijf. In het Europese recht is de categorie waartoe de aanvrager behoort, echter doorslaggevend. Twee essentiële onderscheiden categorieën die in het Europese recht worden aangebracht, zijn die tussen asielzoekers en migranten en die tussen Unieburgers en derdelanders. Deze categorieën worden verder onderverdeeld. Binnen de categorie derdelanders hebben bijvoorbeeld familieleden van EU-burgers en derdelanders met een langdurige verblijfsvergunning van één van de EU-lidstaten een eigen juridische positie. Ook binnen de hoofdcategorie asielzoekers wordt onderscheiden naar personen die een eigen positie hebben, zoals verdragsvluchtelingen, onderdanen van derdelanden en statelozen. De Nederlandse wetgever heeft bewust willen vasthouden aan een systeem waarin de verleningsgrond geen belangrijke rol speelt, met name om te voorkomen dat mensen doorprocederen om een betere status te krijgen. Het verschil in aanspraak wordt enkel en alleen bepaald door de lengte van het verblijf: personen die langer (legaal) verblijven, hebben een sterkere aanspraak op verblijf (het zogenaamde ‘volgtijdelijk systeem’). Deze verschillen in systeem zijn niet altijd een probleem bij de implementatie van EU-regels (de ontheemdenrichtlijn en de onderzoekersrichtlijn konden vrij gemakkelijk worden geïmplementeerd¹⁶). Vaak is dat echter wel het geval.

In feite is de systematiek van de Vreemdelingenwet op verschillende categorieën vreemdelingen niet van toepassing. Volgens het Nederlandse systeem zijn vreemdelingen immers onderworpen aan visa- en verblijfsvergunningvereisten, waartoe een toegangs- en verblijfsprocedure moet worden doorlopen. Grote groepen vreemdelingen (EU-burgers, langdurig in andere lidstaten ingezetenen) zijn daarvan echter uitgezonderd. De regeling van de Vreemdelingenwet, die een algemene systematiek beoogt, is daardoor min of meer gereduceerd tot een soort ‘restwet’ (alleen van toepassing voor zover er geen specifiekere regeling van kracht is).

De implementatie van het *Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel* is het duidelijkste voorbeeld van ‘pure’ segregatie. Het kaderbesluit is geïmplementeerd in de vorm van een separate wet. Het onderwerp van uitlevering was al geregeld in de Uitleveringswet welke voorzag in een integrale systematiek, maar toch is afgezien van implementatie van het kaderbesluit binnen deze wet. De belangrijkste reden hiervoor is dat de grondgedachte van het kaderbesluit fundamenteel verschilde van de bestaande Uitleveringswet. Het beginsel van wederzijdse erkenning dat aan het kaderbesluit ten grondslag ligt, betekent immers dat de overleverende autoriteiten in beginsel geen mogelijkheden hebben om een zelfstandige inhoudelijke beoordeling te maken. Die mogelijkheden zijn er binnen het kader van de Uitleveringswet juist wel. In operationele zin ontleent de Overleveringswet veel elementen aan de Uitleveringswet, maar er is niettemin sprake van twee op zichzelf staande systemen. De beide wetten hebben elk een duidelijk afgebakend toepassingsbereik. De Overleveringswet regelt de verhouding met rechtshandhavende autoriteiten uit andere

¹⁶ Richtlijn 2001/55/EG inzake ontheemden en richtlijn 2005/71/EG inzake onderzoekers.

EU-lidstaten terwijl de Uitleveringswet het kader blijft voor de samenwerking met derde landen - zodat de mogelijkheden van botsing beperkt zijn. Wel is voorzien in regels voor situaties waarin bijvoorbeeld zowel een EU-lidstaat als een niet-EU-lidstaat een verzoek doen tot overgave van een persoon. Overigens sluit de systematiek van de implementatiewet van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel wel systematisch aan bij ander nationaal recht, namelijk de voorzieningen van overgave van personen aan internationale tribunalen zoals het internationaal strafhof.

Conclusie systematiek

De aansluiting tussen de Europese en de nationale wetssystematiek is een kwalitatief belangrijke factor bij de implementatie van EU-regelgeving. De conclusie dat een verschil in systematiek automatisch tot implementatieproblemen leidt, is in dit onderzoek echter niet aangetoond. Dat kan verklaard worden uit verschillen in 'sterkte' van de wettelijke systematiek en met het vermogen om verschillen in systematiek op te vangen.

Ten eerste is de Europese wetssystematiek niet altijd sterk. De kaderbesluiten inzake de bestrijding van terrorisme leunen bijvoorbeeld sterk op de nationale systematiek van strafwetgeving. In dergelijke gevallen is van een botsing tussen nationale en Europese systematiek geen sprake en zal juist op nationaal niveau moeten worden voorzien in een 'sterke' wetgevingssystematiek teneinde de doelstellingen van het te implementeren EU-besluit te bereiken.

Ten tweede vormt de wetssystematiek ook aan nationale zijde geen autonome grootheid. Vanwege het beginsel van institutionele autonomie genieten de lidstaten een grote mate van vrijheid bij de vormgeving van implementatieregelgeving. Dit brengt onder andere met zich mee dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen om implementatieregelgeving onder te brengen in een afzonderlijk wettelijk systeem als het te implementeren EU-recht niet aansluit op de bestaande nationale wetssystematiek. De Overleveringswet ter implementatie van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel is hiervan een goed voorbeeld. Deze keuze voor segregatie is echter alleen mogelijk indien het regime van de implementatieregelgeving zich ook in de praktijk goed laat onderscheiden van het bestaande wettelijke regime. Anders zou rechtsonzekerheid het gevolg kunnen zijn. De lidstaten kunnen er uiteraard ook voor kiezen om het nationale wettelijke stelsel bij de Europese wetgeving aan te doen sluiten, iets dat vaak gepaard gaat met het zogenaamde doorharmoniseren.

Er zijn dus zowel op Europees als op nationaal niveau mogelijkheden om in geval van onvoldoende aansluiting tussen wettelijke systemen implementatieproblemen te voorkomen. Dat lukt echter niet altijd. Eén van de problemen op het gebied van aansluiting dat vaak voorkomt, is dat een sectorale aanpak op EU-niveau moet worden geïntegreerd in een nationaal wettelijk systeem dat horizontaal is georganiseerd. In de jaren negentig van de vorige eeuw zijn er op dat punt problemen geweest met de implementatie van de algemene EU diplomaerkenningsrichtlijnen. Recenter deden vergelijkbare problemen zich voor bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn, waar de nationale reglementering van beroepen in overeenstemming moest worden gebracht met het Europese recht dat een onderscheid aanbrengt tussen diensten en vestiging en daar ook andere voorwaarden en uitzonderingsmogelijkheden aan

verbindt. Op het punt van de wetgevingssystematiek kunnen dergelijke problemen soms verkleind worden wanneer de bestaande nationale regels voorzien in open normen. Het Burgerlijk Wetboek is hiervan een voorbeeld.¹⁷ Daarmee komt echter een zwaardere verantwoordelijkheid te liggen bij de rechtspraak, met name bij de rechterlijke macht, die zorg moet dragen voor de adequate uitvoering van het EU-recht binnen het nationale wettelijke kader (en zo nodig ook daarbuiten). Deze problematiek is in de context van dit rapport niet verder onderzocht, maar ze toont wel aan dat de wetgever bij de implementatie van EU-recht moet overwegen of er geen implementatieproblemen worden ‘doorgeschoven’. De wetgever kan vanzelfsprekend niet alle implementatieproblemen voorkomen die zich in de praktijk mochten voordoen, maar moet wel een wettelijk kader bieden waar men in de praktijk voldoende mee uit de voeten kan.

De implementatie van EU-recht in de systematiek van de Vreemdelingenwet is eveneens te beschouwen als een confrontatie tussen een algemene en een sectorale aanpak. De systematiek van de Vreemdelingenwet is op zich niet in strijd met het Europese recht, maar het EU-recht stelt de nationale keuze om een eigen systeem toe te passen wel ter discussie. Een systematiek waarin de juridische positie van de aanvrager (EU-burger, derdelander, etc.) centraal zou staan in plaats van de duur van het verblijf, zou de aansluiting met het Europese recht wezenlijk verbeteren. Het argument van de regering was dat de huidige systematiek gesteggel over de juridische status in de hand zou werken. Dat argument is echter niet zo sterk: het verschil in status vanwege het EU-recht blijft immers bestaan. De gelijkebehandelingswetgeving biedt een spiegelbeeld: in plaats van te kiezen voor een algemene aanpak die zowel nationaal als Europees is geïndiceerd, kiest de wetgever met weinig overtuigende argumenten voor sectorale implementatie. Het zou daarom aanbeveling verdienen om bij afwijking van de Europese systematiek of bij duidelijke niet-aansluiting van systemen, in het wetgevingsproces expliciet aandacht te besteden aan de motivatie voor de afwijking.

Ten slotte leert de discussie over de omzetting van het Europese consumentenrecht dat er bij van een - zich snel ontwikkelend – regelgevingssysteem op Europees niveau iets voor te zeggen valt om de om te zetten regels al dan niet ‘partieel’ te separeren.

2.3 Terminologie en concepten

Analyse van de onderzochte terreinen

Een andere belangrijke factor voor de wijze van omzetting heeft betrekking op het gehanteerde begrippenapparaat. Verschillen in de wettelijke terminologie en concepten kunnen niet alleen tot implementatieproblemen leiden, maar kunnen mede bepalen voor welke methode van omzetting gekozen wordt: maximale of minimale integratie of zelfs segregatie.

De problemen en derhalve ook de mogelijkheden tot aansluiting bij het nationale recht zijn relatief beperkt in situaties waarin het EU-recht weinig specifieke en concrete bepalingen bevat. Europese regelgeving definieert niet noodzakelijkerwijs de kernconcepten van een regeling. In dat geval ligt die taak bij de nationale wetgever.

¹⁷ Zie de eerder reeds genoemde afstudeerscriptie van Irene Aronstein, *Open normen en het Europees privaatrecht*, uitgegeven in de Utrechtse reeks ‘Scriptie uit de la’, 2011.

Een voorbeeld is het begrip ‘vertrouwelijke gegevens’, dat in Europese regelgeving op het gebied van het *financieel toezicht* niet nader is gedefinieerd en dat door de Nederlandse wetgever is gedefinieerd in lijn met de bestaande nationale regelgeving.¹⁸ In andere gevallen neemt men een begrip letterlijk doch definieert men het niet nader. Zo werd het begrip consument in het Burgerlijk Wetboek vaak niet genoemd of nader gedefinieerd, maar werd de definitie hiervan afgeleid van artikel 7:5 BW, waaruit bleek dat in het geval van *consumentenkoop* de koper wordt omschreven met dezelfde omschrijving als de richtlijnen geven voor consument. Nu vinden we in het Burgerlijk Wetboek in artikel 6:193a wat oneerlijke handelspraktijken betreft niet alleen een definitie van het begrip consument, maar ook van de gemiddelde consument. Van deze oorspronkelijk in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG ontwikkelde notie wordt in de preambule van de richtlijn opgemerkt dat nationale rechters en autoriteiten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel moeten volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is. Artikel 6:193a definieert het begrip gemiddelde consument wel nader, in het bijzonder om jonge, goedgebouwde personen of personen met een geestelijke of lichamelijke handicap te beschermen (zoals daartoe aangespoord in de preambule van de richtlijn).

Een ander voorbeeld biedt de implementatie van de *antirassendiscriminatie*richtlijn. De begrippen ‘sociale bescherming’, ‘sociale zekerheid’ en ‘sociale voordelen’ worden noch in de richtlijn, noch in de wet - de AWGB – nader gedefinieerd. De Raad van State was mening dat de wetgever, ter wille van de volle werking van de richtlijn, deze begrippen nader zou moeten invullen. De regering heeft daarvan echter afgezien en heeft zich beperkt tot het opnemen van een delegatiebepaling. Op grond van deze bepaling zou, indien de rechtsontwikkeling en behoefte van de praktijk daartoe aanleiding geven, nadere omschrijving aan deze begrippen gegeven kunnen worden bij Algemene Maatregel van Bestuur.

Weer een ander voorbeeld ontleen wij aan het strafrecht. Op dat terrein bestaat evenmin een fijnmazig Europees begrippenkader. Anders dan de systematiek van het EVRM, waarbinnen het begrip ‘*criminal charge*’ een eigen invulling kent en zich niet beperkt tot wat nationaal tot het strafrechtelijke kader behoort, is het voormalige derde pijlerstrafrecht wel geënt op het nationale strafrechtelijke stelsel. Het Europese recht sluit zich daarom eerder aan bij nationale begrippenkaders dan andersom. Het *Europees aanhoudingsbevel* ziet bijvoorbeeld op personen ten aanzien waarvan rechtsvervolging is ingesteld voor delicten waarop op nationaal niveau ten minste een bepaalde minimumgevangenisstraf is gesteld. Het begrip ‘overlevering’ dat in het kaderbesluit centraal wordt gesteld, is nationaal wel gevolgd om het bijzondere karakter van de procedure te benadrukken. In het nationale recht was dit begrip echter niet volledig nieuw: het werd reeds toegepast voor de overgave van personen aan internationale strafhoven. Op de onderzochte terreinen komen ook overigens vooral begrippen voor met een tamelijk open (het begrip ‘slachtoffer’ uit het *Kaderbesluit bescherming van slachtoffers* in het strafproces) karakter. In andere gevallen leunen begrippen sterk op een nationale invulling daarvan, zoals het geval is bij het begrip ‘terroristische misdrijven’ uit de desbetreffende kaderbesluiten. De kaderbesluiten bevatten geen sluitende definitie die de werkingssfeer van het begrip bepaalt; in plaats daarvan hangt de werkingssfeer af van het nationale recht. Sommige begrippen

¹⁸ Cf. art. 10, lid 1, onderdeel c van de Wob en de terminologie van de Awb.

ontberen zelfs iedere invulling (zoals het begrip ‘bijzonder kwetsbare slachtoffers’ uit het *Kaderbesluit bescherming van slachtoffers*). Wat het begrip terroristische misdrijven betreft, heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor een ruimere dan op grond van het Europese recht verplicht is (ook oproepen tot de jihad en samenspanning vallen onder de Nederlandse definitie).¹⁹ Problemen in de aansluiting tussen wetssystemen levert dit echter niet op, omdat het Europese recht niet in de weg staat aan een ruimere toepassing van het kaderbesluit. Wel heeft de definitie van het begrip ‘terroristisch oogmerk’ aanleiding gegeven tot nogal wat discussie in de literatuur. Het zou een breed en weinig concreet begrip zijn, waar bijvoorbeeld ook geweld van activistische groeperingen onder kan worden gebracht.²⁰ Ook zou het terroristische oogmerk als strafverzwaringsgrond niet geheel in de wetssystematiek passen.²¹

Indien het Europese recht wel voorziet in – vele en fijnmazige – definities van belangrijke termen en concepten, dan is de aansluiting tussen Europese en nationale invulling daarvan wel urgent. Op verschillende van de onderzochte terreinen is er inderdaad sprake van een dergelijk fijnmazig begrippenapparaat. In sommige gevallen geeft dat aanleiding om op nationaal niveau nauw aan te sluiten bij het Europese begrippenkader. Bij de implementatie van de Europese begrippen kunnen er echter ook belangrijke implementatieproblemen ontstaan.

In het EU-milieurecht komen veel op Europees niveau gedefinieerde begrippen voor. Op dat terrein wordt om die reden in de literatuur gediscussieerd over de vraag in hoeverre definities letterlijk moeten worden omgezet in nationale regelgeving.²² Een punt van aandacht in dit verband is dat het toepassingsbereik van nationale en Europese definities lang niet altijd overeenkomen. Het milieubegrip, dat centraal staat in de Wet Milieubeheer, heeft een brede reikwijdte (omdat het niet uitputtend is gedefinieerd). Het gaat echter niet zo ver dat het ook de bescherming van de mens omvat. Dat is op Europees niveau echter wel het geval, waardoor er soms regelingen moeten worden geïmplementeerd die mede betrekking hebben op de volksgezondheid of arbeidsomstandigheden²³ (STEM, p. 49). Die kunnen op die onderdelen dus niet binnen het kader van de Wm. worden geïmplementeerd. In de aansluiting van Europese begrippen op nationale begrippen doen zich echter ook andere problemen voor die niet aan het toepassingsbereik zijn gerelateerd. In het onderzoek van STEM werden ook genoemd:

- Begrippen wijken op Europees niveau af van de begrippen die op nationaal niveau worden gebruikt (bijvoorbeeld het begrip ‘installatie’ uit de IPPC-richtlijn en het begrip ‘inrichting’ uit de Wm.²⁴

¹⁹ Wet Terroristische misdrijven, artikelen 96 en 205 Sr.

²⁰ J.B.H.M. Simmelink, ‘Implementatie van Kaderbesluiten in een dynamisch rechtsgebied. Het Kaderbesluit terrorismebestrijding als schakel in een op preventie gericht terrorismebestrijdingbeleid’, in: M.J. Borgers (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 115 en H.G. van der Wilt, ‘Het terroristische oogmerk’, in: M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht. Cahiers Van Hamel*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 72.

²¹ P.A.M. Mevis, ‘Enkele opmerkingen over aard, formulering en toepassing van bepaalde straf (maximum)verhogende omstandigheden, recidive en terroristisch misdrijf in het bijzonder’, in: M. S. Groenhuisen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. De Hullu*, Nijmegen: WLP 2003, p. 443.

²² STEM –onderzoek, p. 30.

²³ STEM - onderzoek, p. 49.

²⁴ STEM - onderzoek, p. 52.

- De uitwerking en toepassing van begrippen in het EU-recht is niet altijd consistent. Zo komen in EU-richtlijnen uiteenlopende definities voor van het begrip 'milieu'.
- Europese begrippen zijn soms vaag.

In dergelijke gevallen is het geen goede oplossing om definities uit EU-regelgeving te kopiëren, omdat onduidelijkheden daardoor zouden worden afgewenteld op de uitvoeringspraktijk. Problemen bij de uitvoering en handhaving kunnen ook ontstaan wanneer Europese regelingen nationale sectoren overstijgen. EU-milieumaatregelen, die normaliter door de VROM-inspectie worden gehandhaafd, kunnen in voorkomende gevallen ook op het terrein van de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA) liggen (als het bijvoorbeeld gaat om waren).

Ook op het terrein van *visserijwetgeving* is veelal sprake van uitgewerkte begrippenkaders. Europese visserijwetgeving wordt vooral in de vorm van verordeningen vastgesteld, zodat veelal zonder expliciete nationale verankering kan worden uitgegaan van de Europese invulling van de belangrijkste begrippen. In sommige gevallen wordt echter wel expliciet verwezen naar de desbetreffende EG-verordening. Dat is bijvoorbeeld het geval in het Reglement zee- en kustvisserij voor de begrippen 'vissersvaartuig' en 'maaswijdte'. Ook in die gevallen blijft de invulling van de belangrijkste begrippen echter puur Europees van aard.

Op het terrein van het *consumentenrecht* is in een aantal gevallen aansluiting gezocht bij de Europese invulling van centrale begrippen. Een expliciete keuze voor een dergelijke aansluiting vindt men bij de omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De nieuwe afdeling in het Burgerlijk Wetboek vangt aan met een aantal definities die vrijwel woordelijk zijn overgenomen van de Richtlijn. Dit geldt ook voor de omschrijving van de begrippen oneerlijke handelspraktijk en misleidende handelspraktijk, hoewel het hier niet altijd gaat om *woordelijke* overname.

In het voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten worden de kernbegrippen, zoals consument en handelaar, op dezelfde wijze gedefinieerd als in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De bestaande verschillen in definities in de colportagerichtlijn, de richtlijn inzake oneerlijke bedingen, inzake verkoop op afstand en inzake consumentenkoop en garanties komen dan te vervallen. Overigens heeft dit, voor zover het gaat om de begrippen consument en handelaar, waarschijnlijk geen grote gevolgen voor het Nederlandse recht. Dit is echter anders voor, bijvoorbeeld, het begrip 'goede trouw'.²⁵

Er zijn echter ook gevallen waarin de wetgever de Europese begrippen niet heeft overgenomen - sterker nog, waarin hij in één geval meende men te kunnen volstaan met 'impliciete omzetting' - omdat de materie al afdoende door het Burgerlijk Wetboek zou zijn geregeld, tezamen met toepassing van de relevante bepaling in de rechtspraak. Deze wijze van implementatie heeft het echter bij het Hof van Justitie moeten ontgelden. Volgens het Hof was met name van belang dat het ging om een richtlijn die er toe strekt de consument te beschermen. Dergelijke richtlijnen moeten

²⁵ Zie ook M. Cauffman, M. Faure & T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, WODC, Ministerie van Justitie, 2009, p. 114-118 en p. 259.

in een duidelijke vorm en ondubbelzinnig worden omgezet in nationale wetgeving.²⁶ Als gevolg hiervan werden de artikelen 6:231 en 6:238 BW aangepast.²⁷ De les die hieruit getrokken kan worden, is dat niet al te snel aangenomen kan worden dat de specifieke EU-begrippen reeds voldoende corresponderen met bestaande nationale begrippen c.q. bepalingen. Dit zet uiteraard ook de mogelijkheden om dankzij open normen gemakkelijk bij het nationale systeem aan te sluiten (zie hierboven), in een wat ander perspectief.²⁸

Een voorbeeld van een vrij gedetailleerd begrippenkader is te vinden op het terrein van het *financieel toezicht*. Dit valt te verklaren vanuit het technische karakter van de materie. De richtlijnen op dit terrein zijn bovendien vrij expliciet over de werking van de begrippen. In sommige gevallen wordt voorgeschreven dat nationale wetgevers niet mogen afwijken van de definities zoals die in de richtlijnen zijn opgenomen, in andere gevallen staat de Europese wetgever dit juist expliciet toe.²⁹

Het zou voor de hand liggen te veronderstellen dat de Nederlandse wetgever geneigd zou zijn om een dergelijk gedetailleerd uitgewerkt begrippenapparaat integraal over te nemen. Toch biedt de Wet financieel toezicht diverse voorbeelden van begrippen waarvan de definitie niet, of niet volledig, is overgenomen. Deze afwijkingen zijn doorgaans wel gemotiveerd (in de respectievelijke Memories van toelichting). Sommige van de afwijkingen worden gemotiveerd vanuit Europese overwegingen (bijvoorbeeld wanneer de definitie uit de richtlijn niet eenduidig is); andere vanuit overwegingen van nationale wetgevingssystematiek (bijvoorbeeld wanneer de term uit een richtlijn een specifieke betekenis en juridische gevolgen heeft in de nationale rechtsorde die de wetgever niet wil toepassen op de implementatieregeling)³⁰; in weer andere gevallen wijkt de wetgever van de Europese terminologie af op grond van overwegingen ontleend aan de rechtspraktijk (bijvoorbeeld wanneer de wetgever geen nieuw begrip wil introduceren om verwarring onder marktpartijen te voorkomen of wanneer de wetgever een hoger beschermingsniveau voor consumenten wenst en om die reden voor een ruimer begrip kiest).

Op andere terreinen zijn eveneens aanmerkelijke verschillen vastgesteld. Op het gebied van *douanewetgeving* bestaan er duidelijke verschillen tussen de gehanteerde begrippen op Europees en op nationaal niveau. Deze verschillen doen zich vooral op het formeelrechtelijke vlak voor. De Algemene wet bestuursrecht hanteert voor verschillende begrippen andere definities dan het Communautair Douane Wetboek. Dit Wetboek betreft een EG-verordening, waardoor de Europese begrippen

²⁶ Zaak C-144/99, Commissie/Nederland, 10 mei 2001, Jur. 2001, p. I-3541 r.o. 14. De zaak betrof de keuze die destijds door de Nederlandse wetgever was gemaakt om de *Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten* niet expliciet om te zetten in Nederlands recht.

²⁷ Zie ook M. Cauffman, M. Faure & T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, WODC, Ministerie van Justitie, 2009, p. 51.

²⁸ Vgl. ook de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop (Richtlijn 99/4/EG): indien een consumptiegoed niet voldoet aan de kwaliteit en prestaties die de consument redelijkerwijs daarvan mag verwachten, geeft deze richtlijn de koper onder andere een recht op passende prijsvermindering. Het eerste wetsvoorstel vermeldde een dergelijk recht niet – het zou al volgen uit het bestaande Nederlandse recht. De literatuur en de RvS betwijfelden dit echter en pleitten voor een expliciete vermelding van een dergelijk recht.

²⁹ Cf. art. 62 van Richtlijn 2006/48.

³⁰ Op het terrein van het financieel toezicht heeft de Nederlandse wetgever er bijvoorbeeld voor gekozen om voor het begrip ‘publiek’ verschillende termen te kiezen, omdat er sprake is van twee verschillende systemen: prudentieel toezicht en gedragstoezicht.

rechtstreeks, en met voorrang, op de Awb doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Niettemin heeft de wetgever in de Algemene Douanewet (artikel 1:5) de definities van begrippen van het Communautaire douanewetboek van toepassing verklaard en tevens delen van de Awb buiten toepassing verklaard. De Awb vormt daardoor op het terrein van douanewetgeving niet het algemene wettelijke kader, maar is eerder te beschouwen als 'restwet'. Dit geldt in het bijzonder voor rechtsbescherming, waarover de CDW enkel een zeer algemene bepaling bevat.

In het *vreemdelingenrecht* blijkt eveneens dat de Nederlandse wetgever een sterke voorkeur heeft om vast te houden aan reeds bestaande nationale begrippen. Een markant voorbeeld is het begrip 'Gemeenschapsonderdaan', dat nog steeds voorkomt in nationale wetgeving, hoewel het op Europees niveau allang is verouderd en vervangen door het algemeen gangbare begrip 'Unieburger'. Overigens kent de Nederlandse wetgever een grotere reikwijdte toe aan het begrip 'Gemeenschapsonderdaan', namelijk door, onder andere, ook EER-onderdanen daar onder te rekenen. Een ander aspect van het vreemdelingenrecht is dat de Nederlandse wetgever er op verschillende punten van uitgaat dat (nieuwe) Europese begrippen niet hoeven te worden geïmplementeerd, omdat hij van mening is dat ze onder reeds bestaande nationale begrippen vallen. Niet alleen ontstaan zo rechtszekerheidsproblemen, maar ook de goede werking van het Europese recht kan ermee in gevaar komen. Bovendien levert het de rechter potentieel veel werk op, zoals de uitleg van het begrip 'ernstige schade' (dat door een aanvrager moet worden aangetoond om in aanmerking te komen voor een subsidiaire beschermingsstatus) heeft laten zien.³¹

Anderzijds heeft de Nederlandse wetgever ook in het vreemdelingenrecht de 'cut & paste'-methode gebruikt. Zo wordt in de Vreemdelingenwet 2000 voor de term 'langdurig ingezetene' verwezen naar richtlijn 2003/109/EG.³² Het is slechts één voorbeeld, maar er kan voorzichtig gesteld worden dat daar waar nieuwe Europese termen worden geïntroduceerd waarvoor nog geen nationale definities bestaan, die Europese term eerder zal worden overgenomen.

Ook op het gebied van *arbeidstijdenregeling* heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om een eigen begrippenkader te hanteren. Dit betreft zowel de begrippen zelf, als de definities ervan. Ook de Europese regelgeving hanteert op dit terrein niet altijd identieke definities. Hierbij gaat het vooral om het verschil in definities in sectorale en algemene richtlijnen, hoewel er wel geprobeerd wordt de definities van de sectorale richtlijnen aan te doen sluiten op de algemene richtlijn (Richtlijn 2003/34/EG). Die verschillen kunnen vaak ook uit een dergelijke sectorale, dan wel algemene, aanpak verklaard en gerechtvaardigd worden. Deze verschillen houden echter geen verband met het verschil in begrippenkader op nationaal niveau. Voor dit afwijkende begrippenkader zijn in de Memorie van Toelichting geen argumenten aangedragen.³³ De verklaring zou wel kunnen liggen in het feit dat de Arbeidstijdenwet veel ouder is en dat mede daarom de reeds bestaande eigen definities en begrippen zijn aangehouden. Het een en ander heeft tot problemen in de rechtspraktijk geleid: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in

³¹ cf. ABRvS 25 mei 2009 *Elgafaji*.

³² Artikel 1(p) Vreemdelingenwet 2000.

³³ Het gaat om begrippen 'arbeidstijd', 'rusttijd' en 'nachtijd' (uit basisrichtlijn 2003/88/EG) en de begrippen 'dienst', 'nachtdienst' en 'pauze' uit de Arbeidstijdenwet.

een zaak geoordeeld dat het begrip ‘arbeidstijd’ niet was geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving, waardoor de wettelijke grondslag geacht werd te ontbreken.³⁴

Bij *gelijke behandelingswetgeving* heeft de vraag naar het al dan niet letterlijk overnemen van begrippen uit de EU-wetgeving een bijna feuilletonneske dimensie aangenomen wat de termen ‘onderscheid’ of ‘discriminatie’ betreft. Jarenlang en met veel aanhoudendheid heeft de Raad van State er voor gepleit dat het tot dan toe (sinds 1980) gehanteerde begrip ‘onderscheid’ vervangen zou worden door de term ‘discriminatie’, in het bijzonder omdat de Europese rechtlijnen deze term hanteren en ook nader definiëren. De Raad achtte gelijkheid van terminologie op dit terrein van groot belang. Op deze wijze kan namelijk beter gevolg worden gegeven aan de uitleg van het begrip door het Hof van Justitie. Voorts zou de aansluiting bij eventuele toekomstige Europese antidiscriminatiewetgeving beter gerealiseerd kunnen worden. Ook vanuit het oogpunt van duidelijkheid voor de justitiabele is het hanteren van het begrip ‘discriminatie’ beter. Voor het overige zou een dergelijke keuze ook beter stroken met de Aanwijzingen voor de regelgeving (voorkeur voor zoveel mogelijk aansluiten bij Europeesrechtelijke bewoordingen). De tegenargumenten van het kabinet waren, dat gedurende vele jaren goede ervaringen zijn opgedaan met het gebruik van de term ‘onderscheid’. Het overnemen van het begrip ‘discriminatie’ zou zelfs kunnen leiden tot een verlaging van het beschermingsniveau. Dit zou met name gelegen zijn in het feit dat de term ‘discriminatie’ vaak begrepen wordt als het bewust onderscheid maken, met een intentie om te benadelen. Het een en ander zou tot weerstand leiden bij de normadressaten en derhalve afbreuk doen aan de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving. Voorts zou door het gebruik van het neutrale begrip ‘onderscheid’ een ruimer scala aan verschillen onder de definitie vallen dan wanneer uitgegaan wordt van het begrip discriminatie, waarin een element van benadeling zit.³⁵ Een argument voor een dergelijke ‘verdergaande’ implementatie werd ontleend aan het minimumharmonisatiekarakter van de betrokken richtlijnen en het ‘verslechteringsverbod’. De Raad van State was niet onder de indruk en wees er op dat het overnemen van het begrip ‘discriminatie’ verdergaande bescherming geenszins in de weg stond. Deze kan immers gerealiseerd worden door aanvullende gunstigere bepalingen. Een ingebrekestelling door de Europese Commissie heeft aan dit verschil in mening een einde gemaakt: de begrippen en definities van directe en indirecte discriminatie uit de Europese wetgeving werden overgenomen.

Ook op andere terreinen adviseert de Raad van State overigens om in beginsel de begrippen uit de relevante richtlijnen zo nauwkeurig mogelijk over te nemen. Bij *financieel toezicht* merkte de Raad bijvoorbeeld op dat afwijking van richtlijnen voor risico’s zou zorgen en er in de toekomst mogelijk toch zou moeten worden teruggekeerd naar de tekst van de richtlijn,³⁶ respectievelijk dat daarmee een spanning tussen de richtlijn en de nationale wetgeving wordt voorkomen.³⁷

Een tweede voorbeeld betreft het *vreemdelingenrecht*, namelijk de omzetting van twee termen uit richtlijn 2003/109 (status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen). De termen ‘openbare orde’ en ‘nationale veiligheid’ hebben op Europees

³⁴ Mandemakers, AB 2009/156.

³⁵ Dit speelde in het bijzonder in verband met indirecte discriminatie/onderscheid (bijzonder benadelen vs. bijzonder treffen).

³⁶ Kamerstukken II, 2004-2005, 29 708, nr. 11, p. 3.

³⁷ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 672, nr. 4, p. 3.

en nationaal niveau een verschillende betekenis. De Raad heeft geadviseerd, mede met het oog op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, om niet de nationale terminologie te gebruiken. De regering meenden dat het bij deze begrippen slechts om vage normen gaat die uitwerking of concretisering behoeven, en dat de Nederlandse criteria hieraan voldoen.³⁸

Conclusie terminologie en concepten

Op het terrein van het begrippenapparaat heeft de Nederlandse wetgever voor zeer verschillende benaderingen gekozen: op sommige terreinen is het Europese begrippenapparaat inclusief 'Europese' definities ervan onverkort overgenomen, terwijl op andere terreinen juist gekozen is om Europese begrippen zoveel mogelijk in te passen in bestaande kaders. De aard van het rechtsgebied in kwestie vormt in dit verband een belangrijke factor. Bij sterk geëuropeaniseerde gebieden als het visserijrecht, waarop bovendien veel sprake is van verordeningen in plaats van richtlijnen, is het Europese begrippenapparaat vaak leidend. Dat ligt anders voor terreinen waarop reeds Wanneer op nationaal niveau echter sprake is van een fijnmazig rechtsgebied waarbinnen Europese regelgeving moet worden geïmplementeerd, zoals bijvoorbeeld het geval is op het terrein van vreemdelingenrecht, dan wordt eerder het nationale begrippenkader voorop geplaatst en worden de EU-begrippen zoveel mogelijk aangepast of 'vertaald'. Toch zou het te ver gaan om dit als een algemene regel vast te stellen. Op het terrein van het consumentenrecht, dat als onderdeel van het Burgerlijk Wetboek toch ook gekenmerkt moet worden als een rechtsgebied dat op nationaal niveau ver ontwikkeld is, is niettemin op een aantal belangrijke punten gekozen voor aansluiting op het Europese begrippenkader. Omgekeerd zijn op het terrein van het douanerecht, dat als een van de sterkst geëuropeaniseerde terreinen aangemerkt moet worden, verschillende voorbeelden geconstateerd van begrippen die nationaal van aard zijn en soms niet adequaat aansluiten op de relevante Europese regelgeving.

In de aansluiting bij sleutelbegrippen in regelgeving doen zich diverse mogelijke en daadwerkelijke problemen voor. In de advisering van de Raad van State bestaat een voorkeur voor het zoveel mogelijk letterlijk overnemen van de kernbegrippen uit de Europese wetgeving, in het bijzonder omdat dit het mee-evoluëren met de rechtspraak van het Hof van Justitie vergemakkelijkt. Toch is het niet per se verkeerd als de wetgever het Europese begrippenkader niet (onverkort) overneemt. Soms is sprake van een welbewuste en ook goed te legitimeren keuze, die bijvoorbeeld in het belang is van consumenten of van het bedrijfsleven. In dit onderzoek zijn hiervan vooral op het terrein van het financieel toezicht voorbeelden gevonden. Er ontstaan wel implementatieproblemen wanneer het besluit om niet aan te sluiten bij Europese begrippen, niet is gemotiveerd of gebaseerd wordt op weinig overtuigende gronden (al dan niet ex post).

Dergelijke implementatieproblemen kunnen te maken hebben met verschillende begrippen op nationaal en Europees niveau; soms wordt gekozen voor hetzelfde begrip, maar wordt daarvoor een afwijkende definitie gehanteerd. Ook kunnen implementatieproblemen ontstaan wanneer in nationaal recht bredere, algemenere begrippen worden gehanteerd die door de wetgever worden geacht specifiekere

³⁸ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 567, nr. 4, p. 3, 6-7.

Europese begrippen te omvatten. In al deze gevallen wordt de rechtspraak met grote verantwoordelijkheden opgezet, die te voorkomen zouden zijn bij een betere aansluiting tussen Europese en nationale begrippen. Ook de rechtszekerheid voor burgers en bedrijfsleven kan in het geding komen.

2.4 Beleidsruimte in Europese regelgeving

Algemeen

Beleidsvrijheid in Europese regelgeving die aan de nationale wetgever wordt overgelaten, fungeert in hoge mate als een mogelijkheid om Europese regelgeving (beter) op het nationale recht te laten aansluiten. Dit blijkt ook het geval te zijn op de onderzochte terreinen.

Het begrip beleidsruimte of beleidvrijheid zoals het in dit verband³⁹ gehanteerd wordt, duidt op de keuzes die op nationaal niveau door de wetgever gemaakt moeten of kunnen worden. Europese regelgeving laat vaak enige vorm van gradatie open voor dergelijke keuzes. De gradaties kunnen sterk uiteenlopen van, bijvoorbeeld, het moeten aanwijzen van een nationale handhavinginstantie (doch welke instantie dit is, wordt aan de lidstaten overgelaten) tot gevolg geven aan ‘kan bepalingen’ in het kader van minimumharmonisatie. Verschillende voorbeelden hiervan komen hieronder terug.

Een algemene opmerking verdient hier het instrumentarium dat in de regel door de Europese wetgever gebruikt wordt. In het algemeen wordt aangenomen dat richtlijnen en kaderbesluiten meer ruimte bieden voor differentiatie, en dus keuzes bij de omzetting, dan verordeningen. De richtlijn en het kaderbesluit worden immers vaak gezien als minder ingrijpende instrumenten dan de verordening. Uit de praktijk blijkt echter dat men er niet van uit mag gaan dat een richtlijn of een kaderbesluit per definitie beleidsruimte overlaat aan de lidstaten en een verordening niet. Richtlijnen c.q. kaderbesluiten kunnen (soms) zeer gedetailleerde voorschriften bevatten, terwijl verordeningen juist meer algemene en open normen kunnen bevatten en nadere uitvoering kan vereisen. Wat uiteindelijk doorslaggevend is, is de inhoud van de instrumenten. Teruggebracht tot de essentie, onderscheidt de verordening zich van de richtlijn of het kaderbesluit door het overschrijfverbod.

Ten slotte, ook andere aspecten van inperking van beleidsvrijheid beïnvloeden de mogelijkheden voor aansluiting op nationaal niveau. Vaak liggen die beperkingen buiten het te implementeren besluit. Zo moeten de lidstaten bij de invulling van beleidsvrijheid zowel specifieke verdragsrechtelijke verplichtingen naleven (bijvoorbeeld op het gebied van de interne markt) als het algemene beginsel van gemeenschapstrouw respecteren. Ook kan beleidsvrijheid door nadere uitvoeringsmaatregelen van bijvoorbeeld de Commissie zijn ingeperkt.

Formele regels

Vaak legt Europese regelgeving de nadruk op materiële normstelling en is er voor de lidstaten meer vrijheid om de andere aspecten van het onderwerp naar eigen inzicht

³⁹ Als zodanig correspondeert het niet per definitie met het (dogmatische) begrip beleidsvrijheid zoals dat in het Nederlands bestuursrecht wordt gebruikt.

vorm te geven. Dit betreft bijvoorbeeld institutionele arrangementen, sanctie- en handhaving- en rechtsbeschermingsvoorschriften en dergelijke. Hierin is een echo te ontwaren van de Europese Unie, die - materiële - beleidsdoelen nastreeft enerzijds en de lidstaten, die hun institutionele autonomie behouden anderzijds. In het kader van het onderzoek is het visserijbeleid een goed voorbeeld van deze benadering. De materiële normstelling op dit terrein laat immers nauwelijks keuzemogelijkheden over aan de lidstaten, terwijl voor zowel de sanctionering als de institutionele uitvoeringsstructuur en rechtsbescherming geen bepalingen in het EG-visserijrecht zijn opgenomen. Hoewel de EU-regelgeving wel veel regels bevat over de controle en inspectie, wordt de keuze voor een bepaald controlesysteem aan de lidstaten overgelaten.

Iets vergelijkbaars treffen wij ook aan binnen het *douanerecht*: ook dit gebied is, net als visserijbeleid, sterk geëuropeaniseerd, met inbegrip van vele aspecten van het formele recht. Desalniettemin laat de Europese wetgever op het gebied van rechtsbescherming (de regeling van bezwaar en beroep tegen besluiten), de bevoegdheden die aan opsporingsambtenaren zijn toegekend en de sancties die opgelegd kunnen worden, een zekere mate van beleidsruimte over aan de nationale wetgever.

Ondanks het feit dat institutionele c.q. procedurele autonomie nog steeds het uitgangspunt is, reguleert de Europese Unie in toenemende mate ook institutionele en formeelrechtelijke aspecten. Zo worden bijvoorbeeld eisen gesteld aan sancties (doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend) of moeten de lidstaten in de mogelijkheid van collectieve acties voorzien.⁴⁰ Deze inmenging van de EU in de institutionele c.q. procedurele autonomie hangt samen met de jurisprudentie van het Hof dat heeft bepaald dat om specifieke beleidsdoelstellingen te bereiken, het nodig kan zijn om daarvoor specifieke institutionele voorschriften vast te stellen. Dit heeft het Hof bijvoorbeeld gedaan in de uitleg van de definitie van de richtlijn, waarbij het door de richtlijn voorgeschreven ‘resultaat’ moest worden afgebakend van de ‘vorm en middelen’ die ter keuze aan de lidstaten zijn overgelaten. Een aantal jaren geleden heeft het Hof in een tamelijk fundamentele uitspraak gesteld dat de beleidsdoelstelling milieubescherming uit het EG-verdrag kan vereisen dat deze slechts effectief bereikt kan worden, wanneer de EU-wetgever de bevoegdheid heeft om op de overtreding van milieudelicten strafrechtelijk optreden toe te passen. In Nederland was dit olie op het vuur van de meer algemene kroonjuwelendiscussie zodra het EU-strafrecht om de hoek komt kijken. De kroonjuwelen verwijzen naar een aantal karaktertrekken die specifiek Nederlands zouden zijn, zoals een reeks onderwerpen ten aanzien waarvan het Nederlandse strafrecht coulanter is dan (sommige) andere Europese strafstelsels (abortus, euthanasie, gedoogbeleid met betrekking tot soft drugs), het ontbreken van minimumstraffen, het opportuniteitsbeginsel voor het OM en het strafrecht als het *ultimum remedium*.

Daar waar de Europese Unie institutionele en andere formeelrechtelijke voorzieningen niet dwingend voorschrijft, heeft de Nederlandse wetgever een – zeer - sterke voorkeur om de bestaande nationale systemen toe te passen binnen de EU-implementatieregeling. Deze neiging om nationale – institutionele – beleidsvrijheid aan te wenden om het nationale systeem toe te passen op EU-implementatie, is over

⁴⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval op grond van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en diverse antidiscriminatie-richtlijnen.

de volle breedte van de onderzochte terreinen te onderkennen. Dat leidt soms tot problemen. Zoals al hierboven werd aangegeven in het kader van de implementatie van het Kaderbesluit Status van het Slachtoffer, was de Nederlandse wetgever van oordeel dat (een deel van de) implementatie aan het OM kon worden overgelaten. Op dat gebied bestonden namelijk de aanwijzingen en instructies met betrekking tot slachtofferzorg. De Europese Commissie hamerde echter op wettelijke maatregelen, waaraan de Nederlandse wetgever zich vervolgens conformeerde. Dit betekende dat er een verschuiving plaatsvond in de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgever en het OM.

Zoals al werd opgemerkt, zijn er ook gevallen van EU-wetgeving waarin juist op het terrein van handhaving en rechtsbescherming gedetailleerde en dwingende Europese regels bestaan. De uitvoering van de Verordening 2002/65 (Samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming) leidde in Nederland tot de oprichting van de Consumentenautoriteit.⁴¹ Het toezicht van deze autoriteit is overigens uitgebreid tot niet-grensoverschrijdende inbreuken op het consumentenrecht, die niet onder het regime van de verordening vallen. Deze keuze is gemaakt, omdat consumenten uit andere lidstaten bij inbreuken op het consumentenrecht anders een betere publiekrechtelijke bescherming zouden kunnen genieten dan Nederlandse consumenten.⁴² Dit is op zich opmerkelijk, omdat er in Nederland nogal wat verzet is geweest tegen de publiekrechtelijke handhaving van het consumentenrecht die uit de verordening voortvloeit. De privaatrechtelijke regels van het consumentenrecht worden immers in Nederland traditioneel door zelfregulering en privaatrecht gehandhaafd. Met de komst van de Consumentenautoriteit wordt een hybride en voor het privaatrecht vreemd systeem geïntroduceerd, waarbij naast het traditionele privaatrechtelijke systeem een overheidsorgaan wordt belast met bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavinginstrumenten.⁴³

Materieel recht

Ook op materieelrechtelijk vlak biedt Europese regelgeving echter vaak beleidsruimte die door de lidstaten verder kan of moet worden ingevuld. Dit is niet enkel het geval op terreinen waarop slechts minimumharmonisatie is toegestaan en de lidstaten dus per definitie over beleidsvrijheid beschikken (zie verder hieronder). Zelfs op de sterk geëuropeaniseerde (en zelfs onder exclusieve bevoegdheden van de Europese Unie vallende) terreinen van het *visserijrecht* en het *douanerecht* zijn niet onbelangrijke vormen van nationale beleidsvrijheid aangetroffen. Op het gebied van het douanerecht zijn verschillende bepalingen geïdentificeerd die door de lidstaten nader moeten worden uitgewerkt, en verder komen op dit terrein zogeheten facultatieve bepalingen voor (zie hieronder). Op het gebied van het visserijrecht hebben de lidstaten vrijheid op het punt van toewijzing van het nationale visquotum aan de vissersvaartuigen die onder hun vlag varen. Nederland heeft van deze vrijheid gebruik gemaakt door de introductie van een systeem van co-management tussen overheid en de sector, het zogenoemde Biesheuvelsysteem.⁴⁴

⁴¹ Neergelegd in de Wet Handhaving consumentenbescherming.

⁴² *Kamerstukken II* 2004/05, 27 879, nr. 9.

⁴³ Zie over de Consumentenautoriteit het Themanummer consumentenautoriteit, *TvC* 5-2006.

⁴⁴ P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 269-270. Dit systeem is geregeld in de Regeling Contingentering Zeevis.

Een interessante mengvorm van algemene en zeer specifieke bepalingen biedt artikel 13 van de Dienstenrichtlijn. Terwijl wat de vergunningsprocedures betreft dit artikel een reeks redelijk open geformuleerde eisen stelt, is lid 4 op het punt van de *Lex Silencio Positivo* zeer precies. Ruimte voor eigen beleidskeuzes binnen het toepassingsbereik van de richtlijn is er op dit punt niet, maar de Nederlandse wetgever heeft wel gekozen voor een partiële doorharmonisatie op een aantal gebieden die buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

Net zoals op het terrein van formele regels, biedt beleidsvrijheid ook op materieelrechtelijk terrein de lidstaten de mogelijkheid om zoveel mogelijk aan te sluiten bij het bestaande wettelijke systeem en de daaraan ten grondslag liggende beleidsvoorkeuren. Het beste voorbeeld uit het onderzoek is op dit punt gevonden op het terrein van het vreemdelingenrecht. Als gevolg van nationale politieke voorkeuren heeft het nationale beleid op dit terrein in het afgelopen decennium een duidelijke verscherping ondergaan. De Nederlandse wetgever heeft om deze reden geen gebruik gemaakt van alle impliciete en expliciete mogelijkheden die in het Europese *vreemdelingenrecht* zijn opgenomen om vreemdelingen een hoger niveau van bescherming te bieden. Dit terrein is tevens een voorbeeld van een terrein waarin de Nederlandse wetgever niet alleen maximaal invulling geeft aan de nationale beleidsvrijheid die het Europese besluit laat, maar zelfs actief op zoek gaat naar de grenzen daarin. De vraag of deze grenzen niet zijn overschreden, doet zich op dit terrein dan ook nadrukkelijk voor. Het *arbeidstijdenrecht* is een ander terrein waarop de Nederlandse wetgever niet verder heeft willen gaan dan het beschermingsniveau dat het EU-recht biedt.

Facultatieve bepalingen; methoden van harmonisatie

Een bijzondere vorm van beleidsruimte zijn de zogeheten facultatieve bepalingen. Hier blijkt het bestaan van een beleidsruimte voor lidstaten bijvoorbeeld uit formuleringen dat “elke lidstaat kan ...” of dat “deze richtlijn doet geen afbreuk aan nationale bepalingen die ...” of dat de bepalingen in kwestie “niet beletten dat de lidstaten bepalingen toepassen die ...” etc.

Deze vorm van beleidsvrijheid is op verschillende terreinen van het onderzoek geïdentificeerd. Hiermee laat de Europese wetgever weliswaar een keuzemogelijkheid open voor de nationale wetgever, maar geeft tevens aan wat deze keuzes mogen behelzen. Artikel 6 van Kaderbesluit 2002/475/JBZ, bijvoorbeeld, betreft een facultatieve bepaling die de lidstaten mogen toepassen ter strafvermindering van de dader. Indien de dader meewerkt en afstand doet van terroristische activiteiten, mag de lidstaat hem voor strafvermindering in aanmerking laten komen, maar overigens alleen indien voldaan is aan de in artikel 6 genoemde (cumulatieve) voorwaarden. De enige vorm van keuzevrijheid die derhalve uit deze bepaling voortvloeit, is de keuze om al dan niet van de mogelijkheid gebruik te maken. De mogelijkheden voor aansluiting op het nationale systeem zijn dan ook beperkt

Een goed voorbeeld van het gebruik van beleidsruimte - een ‘kan bepaling’ - in het kader van een facultatieve bepaling waarbij de wetgever de grenzen van wat mogelijk is lijkt op te zoeken, biedt het *gelijkebehandelingsrecht*, in het bijzonder de implementatie van Richtlijn 2000/78. De richtlijn (Artikel 4, lid1) staat verschil in

behandeling toe wanneer het kenmerk in kwestie een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan het doel (de zogenaamde dubbele test). Voor kerkgenootschappen en organisaties gebaseerd op godsdienst of overtuiging worden de wezenlijke beroepsvereisten nader uitgewerkt in lid 2. De AWGB bevatte al op een aantal plaatsen bepalingen die door middel van de zogenaamde ‘enkele feit’-constructie, die een centrale rol vervulde bij de afbakening tussen de verschillende grondrechten, in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel enerzijds en de vrijheid van godsdienst en vrijheid van onderwijs anderzijds. In deze constructie is het onderscheid toegestaan, mits dat niet leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van iemands geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of een andere door de AWGB bestreken grond. Ten tijde van de implementatie van de richtlijn meende de regering dat de ‘enkele feit’-constructie wordt afgedekt door artikel 4, lid 2, en dat de AWGB op dit punt niet aangepast hoeft te worden. De Raad van State meende echter dat de constructie kwetsbaar was, omdat door het hoge abstractieniveau de toepassing ervan in een concreet geval moeilijk voorspelbaar was en dat zij op gespannen voet stond met het algemene uitgangspunt van de richtlijn, namelijk dat uitzonderingen slechts in een zeer beperkt aantal omstandigheden toegelaten werden. De Raad adviseerde om deze constructie nader te overwegen, wat echter niet gebeurd is.

Opnieuw was een ingebrekestelling van de Europese Commissie nodig om de regering op andere gedachten te brengen. Het voornaamste bezwaar van de Commissie was dat de Nederlandse formulering de grenzen van de uitzonderingsbepaling niet voldoende duidelijk aangeeft, in het bijzonder niet omdat de ‘dubbele test’ daarin niet tot de uitdrukking komt. In een door het Kabinet gevraagd advies stelt de Raad van State voor om de ‘enkele feit –constructie te schrappen en komt met twee tekstvarianten voor artikel 5 AWGB, die beter zouden beantwoorden aan de marges die de richtlijn laat.

Op andere terreinen blijkt het veelal subtiele karakter van nationale beleidsvrijheid uit de verschillen die voorkomen in de omvang van beleidsvrijheid, maar ook uit de veranderingen en ontwikkelingen daarin. Op het terrein van *consumentenrecht* is bijvoorbeeld sprake van een steeds kleiner wordende mate van beleidsvrijheid voor de lidstaten. Ook in een ander opzicht toont het fenomeen beleidsvrijheid zich op dit terrein in een subtiele vorm. Aanvankelijk was het terrein namelijk onderworpen aan minimumharmonisatie en bezaten de lidstaten derhalve het algemene recht om verdergaande maatregelen te treffen. In recentere richtlijnen is echter gekozen voor totale harmonisatie. Daarmee zijn echter niet alle vormen van beleidsvrijheid verdwenen. Van een algemene vrijheid om eigen beleidskeuzes te maken, is geen sprake meer, maar in de desbetreffende instrumenten komen wel diverse *specifieke* vormen van beleidsvrijheid voor. Een goed voorbeeld hiervan biedt de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die totale harmonisatie beoogt. Door het hanteren van pluriforme begrippen zoals ‘de gemiddelde consument’⁴⁵ blijf er echter een zekere speelruimte over.⁴⁶

Het terrein van strafrecht laat eveneens een subtiel onderscheid zien tussen Europese verplichtingen en nationale beleidsruimte. Het betreft een terrein dat in algemene zin is onderworpen aan een substantiële mate van beleidsvrijheid. Binnen de structuur van

⁴⁵ C.C van Dam, ‘De gemiddelde Euroconsument - Een pluriform fenomeen’, SEW 2009 (1), p. 3-11.

⁴⁶ Die in dit geval door de rechter nader wordt ingevuld.

de Verdragen is – voorheen via de aparte derde pijler, momenteel voornamelijk via expliciete bepalingen in de Verdragen – de bescherming van nationale strafrechtelijke systemen stevig verankerd. De te implementeren instrumenten bevatten veelal een mix van bepalingen met een dwingend karakter, terwijl op andere punten de lidstaten verschillende vormen van beleidsvrijheid wordt gelaten (en ook een verschillende mate van beleidsvrijheid). Het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel bevat bijvoorbeeld de harde verplichting om aan overleveringsverzoeken uit het buitenland te voldoen, maar de lidstaten hebben wel de mogelijkheid om overlevering te weigeren wanneer de gedraging in de tenuitvoerleggende lidstaat niet strafbaar is (beginsel van dubbele strafbaarheid). Deze mogelijkheid is echter tot specifieke gevallen beperkt en ook overigens moet aan de in het kaderbesluit gestelde voorwaarden zijn voldaan.

Het Kaderbesluit Status van het slachtoffer in het strafproces laat een vergelijkbare dunne lijn zien tussen Europese verplichtingen en nationale beleidsvrijheid. Daar het kaderbesluit geen nadere invulling bevat van het begrip ‘bijzonder kwetsbare slachtoffers’, hebben de lidstaten een zekere mate van beleidsvrijheid welke groepen slachtoffers ze als zodanig willen kwalificeren. Van een volledige vrijheid is echter geen sprake, zoals het Pupino-arrest heeft laten zien. Dit arrest laat geen andere conclusie open dan dat de lidstaten in ieder geval verplicht zijn de slachtoffers waar het in deze zaak om ging (kleuters), aan te merken als bijzonder kwetsbaar.

Ten slotte verdient het beginsel van *wederzijdse erkenning* hier kort de aandacht. Dit beginsel neemt een centrale plaats in op het terrein van het Europese strafrecht. Dit moet enerzijds worden begrepen vanuit de wens de nationale inrichting van het strafrecht zoveel mogelijk ongemoeid te laten. De lidstaten kunnen immers hun eigen invulling daarvan handhaven en mogen ook verwachten dat andere lidstaten hun nationale eigenaardigheden respecteren. Tegelijk dwingt het beginsel van wederzijdse erkenning ertoe dat verschillen in nationale strafrechtstelsels geen belemmering mogen opleveren voor strafrechtzaken met een grensoverschrijdende dimensie. In die zin is het beginsel dwingend en stelt het niet de aansluiting tussen de nationale en Europese rechtsstelsels centraal, maar het vertrouwen in *alle* rechtsstelsels van de Europese Unie. Zo gezien is het beginsel van wederzijdse erkenning niet een beginsel dat per se minder verstrekkend is dan harmonisatie van wetgeving.

Conclusie beleidsruimte

Uit de onderzochte terreinen is tamelijk overtuigend gebleken dat het bestaan van beleidsvrijheid in Europese regelgeving voor de Nederlandse wetgever vaak aanleiding is om aan te sluiten bij de bestaande nationale wetgevingssystematiek en van de daaraan ten grondslag liggende beleidsdoelstellingen. Die neiging is met name sterk aanwijsbaar op het terrein van formeelrechtelijke voorzieningen. Dit kan waarschijnlijk verklaard worden vanuit het feit dat Europese regelgeving juist op dit punt de lidstaten vaak keuzemogelijkheden biedt. Zelfs op sterk geëuropeaniseerde terreinen is veelal het nationaalrechtelijke kader van toepassing. Ook op materieelrechtelijk terrein heeft de Nederlandse wetgever echter de neiging om beleidsvrijheid te gebruiken om waar mogelijk aansluiting te zoeken bij het bestaande nationale recht. Het voorbeeld van het vreemdelingenrecht laat zien dat dit zeker het geval is wanneer het betreffende terrein aan – in dit geval: politieke - gevoeligheden is onderworpen. Hetzelfde kan gezegd worden over gelijkebehandelingswetgeving, waar

de balans tussen de verschillende grondrechten zoveel mogelijk behouden moest blijven.

Toch is de factor beleidsvrijheid niet probleemloos. Dat komt omdat het onderscheid tussen Europeesrechtelijke verplichtingen en nationale beleidsruimte vaak zeer subtiel van aard is.

In de eerste plaats kan nationale beleidsvrijheid op diverse niveaus van regelgeving te vinden zijn. Soms is nationale beleidsvrijheid inherent aan de aard van het beleidsterrein, bijvoorbeeld als het Verdrag minimumharmonisatie voorschrijft. In andere gevallen is nationale beleidsvrijheid te vinden op het niveau van het te implementeren besluit, bijvoorbeeld indien dit besluit een algemene bepaling bevat die afwijking mogelijk maakt. Op een nog lager niveau kan nationale beleidsvrijheid beperkt zijn tot een enkele bepaling van een Europees instrument dat voor het overige slechts dwingende bepalingen bevat.

In de tweede plaats is nationale beleidsvrijheid in EU-regelgeving geen statisch fenomeen. De omvang of de aard van beleidsvrijheid is vaak onderworpen aan tendensen in bepaalde richtingen. Op het terrein van het consumentenrecht is bijvoorbeeld sprake van een steeds dwingender wordend Europees wettelijk kader, waardoor de nationale beleidsvrijheid steeds verder afneemt. Dit maakt het noodzakelijk de implementatie van een concreet EU-besluit niet op zichzelf te beschouwen, maar ook rekenschap te geven van de bredere context van het terrein waarbinnen geïmplementeerd moet worden.

Die bredere context is ook nog in een ander opzicht relevant. Wanneer een EU-besluit dat de lidstaten expliciet beleidsvrijheid laat, geïmplementeerd moet worden, moet bij de invulling daarvan wel het algemene Europese wettelijke kader in acht worden genomen. Deze situatie was aan de orde in het *Konsumentenombudsmannen-arrest*, waarin het Hof de Zweedse invulling van beleidsvrijheid die uit een richtlijn voortvloeide, in strijd achtte met het Verdrag.

Ten slotte is het punt van de nationale overschrijding van de grenzen van beleidsvrijheid relevant. Soms wordt min of meer bewust aangestuurd op een (te) ruime interpretatie van beleidsvrijheid, bijvoorbeeld om de reeds bestaande nationale wetgeving zoveel mogelijk intact te laten, zoals in het geval van de 'enkele feit'-constructie. In andere gevallen geschiedt de overschrijding van de grenzen van beleidsvrijheid min of meer te goeder trouw en blijkt pas naderhand dat de gekozen methode onjuist was. De implementatie van het Kaderbesluit Status van het slachtoffer via beleidsregels van het OM, die later onhoudbaar bleek, is hiervan een goed voorbeeld.

Beleidsvrijheid is al met al een zeer belangrijke factor gebleken voor de vraag naar segregatie, dan wel integratie, en de vorm van integratie van EU-wetgeving in de bestaande nationale structuren. Tegelijk komt een grote variatie in omvang, mate, aard en begrenzing van nationale beleidsvrijheid voor die bepalend is voor de aansluiting van het nationale op het Europese wetstelsysteem.

2.5 Algemene conclusies

De voornaamste doelstelling van dit onderzoek is het aanleveren van bouwstenen voor de ontwikkeling van een implementatiestelsel waarin de onderlinge aansluiting van de EU-wetgeving en de nationale wetgeving zo goed mogelijk wordt gewaarborgd⁴⁷ en waarbij problemen bij de uitvoering en handhaving worden voorkomen of geminimaliseerd.

De functie van omzettingwetgeving is de Europese en de nationale rechtsorde met elkaar te verbinden. Daar waar EU-wetgeving en nationale wetgeving van elkaar verschillen (in opzet, vormgeving of inhoud), moet omzettingwetgeving deze verschillen overbruggen, zodat de EU-wetgeving op nationaal niveau haar nuttig effect krijgt en goed uitvoerbaar en handhaafbaar is. De omzetting moet wel aan de Europese eisen beantwoorden, die voorschrijven dat de omzetting tijdig, duidelijk en nauwkeurig geschiedt. Hoewel het EU-recht niet verplicht tot het overnemen van de EU-bewoordingen, brengt het vereiste dat de volledige toepassing van de Europese regels moet worden verzekerd, vaak met zich mee dat nauwe aansluiting bij de EU-terminologie nodig is. Ook vanuit het nationale recht worden eisen aan de omzettingwetgeving gesteld. De kwaliteitscriteria betreffen heldere, ondubbelzinnige en nauwkeurige normstelling, duurzaamheid, consistentie en coherentie van de normstelling en uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regels. Meer in het algemeen gelden de eisen zoals die verbonden zijn aan de rechtsstaat en voorvloeien uit het primaat van de wetgever.⁴⁸

Bij het onderzoek stond de vraag centraal naar de meest geschikte methode van omzetting om de nationale en de Europese wetgeving optimaal op elkaar aan te laten sluiten en waarbij tevens aan de hierboven geformuleerde eisen zou worden voldaan. Op basis van de bevindingen van dit onderzoek valt er *in abstracto* geen voorkeur uit te spreken voor segregatie dan wel integratie. In die zin is er dus geen sprake van een *ideale implementatiemethode*. Elk van de methoden, alsmede de tussenvormen, hebben zowel voor- als nadelen die bovendien sterk afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval.

Het onderzoek heeft desalniettemin ook uitgewezen dat er uit de implementatiepraktijk een aantal factoren te destilleren zijn die de bij de omzetting te maken keuze helpen structureren en derhalve gebruikt kunnen worden bij de invulling van een implementatiestelsel.

De eerste factor betreft de *wettelijke systematiek*. Als de Europese systematiek zwak is, kan de aansluiting tussen het Europese en nationale recht vaak relatief gemakkelijk gerealiseerd worden. Wel moet in dat geval op nationaal niveau voorzien worden in een 'sterke' wetgevingssystematiek teneinde de doelstellingen van het te implementeren EU-besluit te bereiken.

Indien de Europese en de nationale systematiek moeilijk op elkaar aansluiten, kan gekozen worden voor segregatie van de implementatieregelgeving, hetzij door middel van een afzonderlijk wettelijk systeem, hetzij in een apart deel of hoofdstuk van een

⁴⁷ Anders gezegd: het wringen wordt geminimaliseerd.

⁴⁸ Hoewel die binnen het kader van EU-implementatie wel een andere, lees: flexibelere, toepassing kunnen krijgen. Vlg. aanwijzing 339 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

bestaand wettelijk systeem. Uit het oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid is een dergelijke demarche echter slechts wenselijk indien het regime van de implementatieregelgeving zich ook praktisch goed laat onderscheiden van het bestaande wettelijke regime.

Hoewel in het onderzoek is komen vast te staan dat er zowel op het Europese als op het nationale niveau mogelijkheden bestaan om bij onvoldoende aansluiting tussen wettelijke systemen implementatieproblemen te voorkomen, zijn er ook knelpunten gesignaleerd. Daartoe behoort de situatie waarin een sectorale aanpak op EU-niveau moet worden geïntegreerd in een nationaal wettelijk systeem dat horizontaal is georganiseerd. Ook is de indruk ontstaan dat de Nederlandse wetgever soms te halsstarrig aan het eigen systeem vasthoudt. Zelfs als er geen absolute aanpassing van de wetssystematiek is vereist, kan het toch heel wenselijk zijn om het nationale systeem tegen het licht te houden om te bezien of maximale integratie daadwerkelijk nodig is en of het bestaande wettelijke systeem in zijn geheel zou moeten worden aangepast

Implementatieproblemen die op het punt van de *terminologie* zijn geïdentificeerd, zijn de volgende. Soms sluiten Europese begrippen niet aan op nationale begrippen. In bestaande nationale regelingen wordt dan bijvoorbeeld van andere definities uitgegaan. Een ander probleem zijn vage of geheel niet gedefinieerde Europese begrippen. Bovendien ontstaan soms implementatieproblemen als de reikwijdte van een begrip op Europees en nationaal niveau verschillend is.

In sommige gevallen is gebleken dat het hanteren van open normen een aansluiting van systemen helpt te bewerkstelligen. Eveneens is het bestaan van open normen soms een reden om de *terminologie* uit de EU-wetgeving niet over te nemen. De nationale open normen of, in andere gevallen, bredere algemene begrippen worden geacht de Europese begrippen te 'dekken'. Hierdoor kunnen niet alleen implementatieproblemen ontstaan omdat de eis van nauwkeurige en duidelijke omzetting onder druk komt te staan, er wordt op deze wijze ook een zware verantwoordelijkheid gelegd bij de rechtspraktijk, met name de rechterlijke macht. Dit maakt dat voorzichtig moet worden omgesprongen met het op deze wijze implementeren van de EU-recht.

De implementatiepraktijk laat ook overigens een zeer gevarieerd beeld zien. Op sommige terreinen wordt ervoor gekozen om Europese begrippen zoveel mogelijk in te passen in bestaande kaders. Daarmee komt derhalve het nationale begrippenkader voorop te staan. Dit gebeurt vaak wanneer er sprake is van implementatie in een nationaal ver ontwikkeld en fijnmazig rechtsgebied. Op andere terreinen is het Europese begrippenapparaat inclusief 'Europese' definities ervan onverkort overgenomen. Dit geldt met name op sterk geëuropeaniseerde gebieden, op gebieden die zeer technisch van aard zijn of op gebieden waar geen nationale terminologie bestaat. Er is ook een sterke voorkeur te bespeuren, in het bijzonder ook in de advisering van de Raad van State, om zeer nauw of zelfs letterlijk aan te sluiten bij het EU-begrippenapparaat wat de kernbegrippen uit de Europese wetgeving betreft. Het belang hiervan schuilt met name in het goed kunnen aansluiten bij de eventuele toekomstige EU-wetgeving op het desbetreffend terrein en om de interpretatie van de begrippen door het Hof van Justitie te kunnen volgen. Dit neemt overigens niet weg

dat in sommige gevallen welbewuste en op legitieme gronden van de EU-terminologie afgeweken kan worden.

Het letterlijk of bijna letterlijk overnemen van de EU-(kern)begrippen (en eventueel delen van de EU-systematiek⁴⁹) kan wel met zich meebrengen dat de nationale systematiek danig verstoord wordt en dat segregeren de voorkeur heeft boven integreren. Ook kan er sprake zijn van minimumintegratie, eventueel gekoppeld aan doorharmoniseren. De reden voor het laatste kan zijn dat doorharmoniseren ten goede komt aan duidelijkheid en transparantie van de geldende wetgeving. Het kan ook gebeuren om gelijkwaardige bescherming te bieden in puur nationale of anderszins niet door het EU-recht gedekte situaties.

Op terreinen waar de EU over exclusieve bevoegdheid beschikt en voor zover daar geen beleidsruimte aan de lidstaten wordt overgelaten, hanteert de wetgever in beginsel de techniek van 'cut and paste' in nationaal recht, gecombineerd met segregatie.

Het bestaan van beleidsruimte in Europese regelgeving is voor de Nederlandse wetgever vaak aanleiding om aan te sluiten bij de bestaande nationale wetgevingssystematiek en de daaraan ten grondslag liggende beleidsdoelstellingen. Dit doet zich met name voor op het gebied van formeelrechtelijke voorzieningen. Verbazingwekkend is dit niet, want juist op dit gebied laat EU-wetgeving vaak veel ruimte over. Opmerkelijk is wel dat dit ook opgaat, zij het soms in mindere mate, voor sterk geëuropeïseerde gebieden of gebieden waarop de EU exclusieve bevoegdheid heeft.

Ook op materieelrechtelijk gebied heeft de Nederlandse wetgever echter de neiging om beleidsvrijheid te gebruiken om waar mogelijk aansluiting te zoeken bij het bestaande nationale recht. Dit geldt in het bijzonder indien er politieke, rechtsculturele of andere gevoeligheden spelen.

Het identificeren van de beschikbare beleidsruimte is problematisch gebleken. Hoewel de gehanteerde EU-instrumenten en de harmonisatiemethode tot op zekere hoogte het bestaan van beleidsruimte kunnen aangeven, is het uiteindelijk de inhoud van de EU-wetgeving die maatgevend is. De inhoudelijke toets die dan nodig is, is vaak niet eenvoudig, vooral niet vanwege de subtiele grenzen die tussen de Europese verplichtingen en nationale beleidsvrijheid bestaan. Soms wordt overigens min of meer bewust aangestuurd op een (te) ruime interpretatie van beleidsvrijheid, bijvoorbeeld om de reeds bestaande nationale wetgeving zoveel mogelijk intact te laten. Ook lijkt de overschrijding van de grenzen van beleidsvrijheid regelmatig min of meer te goeder trouw te gebeuren en blijkt pas ex post dat de gekozen methode onjuist was. Het laatste zou er op kunnen duiden dat het verkennen van de grenzen van de aan de lidstaten overgelaten beleidsruimte niet altijd even zorgvuldig gebeurt of dat deze grenzen door de Europese wetgever onvoldoende nauwkeurig zijn aangegeven.

⁴⁹ Te denken valt aan hoofdregel-uitzonderingen opbouw van een regeling.

Uit een en ander moet worden afgeleid dat, eerder dan het instrument of methode van integratie, de inhoud van de te implementeren regeling leidend moet zijn voor de keuze van een geschikte implementatiemethode. Daarbij moet niet te snel worden gegrepen naar de methode van maximale integratie in het nationale rechtssysteem, omdat dit tot onduidelijke en onnodige complicaties kan leiden. Hierbij is ook van belang om de richting waarin het Europese rechtsterrein zich ontwikkelt mee te nemen in de keuze van implementatiemethodes.

Het onderzoek heeft op diverse plaatsen uitgewezen dat het van wezenlijk belang is om keuzes die van de Europese wetgeving afwijken, uitdrukkelijk en met overtuigende argumenten te motiveren. Dit geldt voor zowel gevallen van afwijking van de Europese systematiek of in geval van duidelijke niet-aansluiting van systemen, als bij het afwijken van de EU-terminologie. Ook bij het bepalen van de beschikbare beleidsruimte is, zoals hierboven al aangegeven, een goede motivering van groot belang.

Op een aantal plaatsen in het onderzoek is een relatief nieuw Europees fenomeen ter sprake gekomen, namelijk het gegeven dat ook op EU-niveau in toenemende mate gestreefd wordt naar meer samenhang in de bestaande regelgeving. Er is een duidelijke tendens dat, onder meer, in het kader van modernisering- of herschikkingoperaties de coherentie en systematiek van de desbetreffende rechtsgebieden wordt versterkt (en soms zelfs tot stand gebracht). De gehanteerde terminologie wordt op elkaar afgestemd of eventueel gelijkgetrokken, de geldende regels worden bijeen gebracht in een consistent geheel, enzovoort. De vraag rijst wat voor consequenties men hieraan moet verbinden op het niveau van implementatie in het nationale recht. Zonder zover te willen gaan en te stellen dat de nationale omzettingsmaatregelen *ex post* aan het Europese wetgevingssysteem moeten worden aangepast, lijkt dit in ieder geval voor de toekomst een belangrijk gegeven. Het zal de nu nog sterk bestaande neiging om EU-wetgeving in eigen nationaal recht te integreren, met zoveel mogelijk behoud van eigen recht, sterk matigen, zo niet keren. Men zou deze ontwikkeling wellicht negatief kunnen waarderen. Een sterkere Europese systematiek heeft echter ook voordelen: het maakt een einde aan gefragmenteerde Europese regelgeving die als enige optie open laat het aansluiten bij de nationale systematiek. Een sterke EU-systematiek voorkomt bovendien ruis (bijvoorbeeld in begrippen) die zich nu op een aantal terreinen voordoet, zoals op het terrein van het financieel toezicht.